

NOEN SKRANKER FOR OPPLESNING AV FORKLARINGER I DOMSTOL



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 628

Leveringsfrist: 26.april 2010

Til sammen 15.208 ord

23.04.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING TIL OPPGAVEN</u>	<u>1</u>
1.1	Temaet	1
1.2	Bakgrunnen for opplesningsadgangen	1
1.3	Rettslige problemstillinger	2
1.4	Sentrale rettskilder	2
1.5	Målsetting for oppgaven	3
1.6	Avgrensninger	3
1.7	Disposisjon	3
1.8	Den videre fremstilling	3
<u>2</u>	<u>RELEVANTE RETTSKILDEFAKTORER I STRAFFEPROSESSEN</u>	<u>5</u>
2.1	Innledning	5
2.2	EMK	5
2.3	SP	5
2.4	Praksis fra EMD	5
2.5	Menneskerettsloven	6
2.6	Grunnloven	6
2.7	Straffeprosessloven med forarbeider	6
2.8	Høyesterettspraksis	7
		I

2.9	Rundskriv fra riksadvokaten	8
2.10	Juridisk teori	8
<u>3</u>	<u>JURIDISK METODE I STRAFFEPROSESSEN</u>	<u>9</u>
3.1	Innledning	9
3.2	Høyesteretts forhold til EMK og EMD	9
3.3	Juridisk metode i EMD	10
<u>4</u>	<u>SKRANKENE FOR OPPLESNINGSADGANGEN NÅR <i>TILTALTE</i> ER TIL STEDE, MEN NEKTER Å FORKLARE SEG</u>	<u>12</u>
4.1	Skrankene ifølge EMK og SP	12
4.2	Skrankene ifølge EMD	13
4.2.1	Innledning	13
4.2.2	Funke-dommen	13
4.2.3	Saunders-dommen	14
4.2.4	Slutninger fra EMDs praksis	15
4.3	Skrankene ifølge straffeprosessloven	16
4.4	Skrankene ifølge høyesterettspraksis	17
4.4.1	Innledning	17
4.4.2	Rt. 1994 s. 610 (Bølgepappkjennelsen)	17
4.4.3	Rt. 1999 s. 1269	18
4.4.4	Rt. 2007 s. 932	19
4.4.5	Slutninger fra høyesterettspraksis	20
4.5	Avveining av slutningene fra rettskildefaktorene	20
<u>5</u>	<u>SKRANKENE FOR OPPLESNINGSADGANGEN NÅR MØTENDE <i>VITNER</i> NEKTER Å FORKLARE SEG</u>	<u>23</u>

5.1	Skrankene ifølge EMK	23
5.2	Skrankene ifølge EMD	24
5.2.1	Innledning	24
5.2.2	Unterpertinger-dommen	24
5.2.3	Peltonen-avgjørelsen	25
5.2.4	Luca-dommen	26
5.2.5	Kaste-Mathisen-dommen	27
5.2.6	Slutninger fra EMDs praksis	28
5.3	Skrankene ifølge straffeprosessloven	29
5.4	Skrankene ifølge høyesterettspraksis	30
5.4.1	Innledning	30
5.4.2	Rt. 1994 s. 1324 (Flydroppsaken)	30
5.4.3	Rt. 2003 s. 1808	31
5.4.4	Rt. 2004 s.97 (Kaste og Mathisen)	32
5.4.5	Rt. 2004 s. 1789	33
5.4.6	Rt. 2004 s.1974	34
5.4.7	Slutninger fra høyesterettspraksis	35
5.5	Avveining av rettskildefaktorene	37
6	<u>SKRANKENE FOR OPPLESNINGSADGANGEN NÅR VITNENE IKKE ER TIL STEDE I RETTEN</u>	40
6.1	Skrankene ifølge EMK	40
6.2	Skrankene ifølge EMD	40
6.2.1	Innledning	40
6.2.2	Kostovski-dommen	40
6.2.3	Asch-dommen	41
6.2.4	Craxi-dommen	43
6.2.5	Slutninger fra EMDs praksis	44
6.3	Skrankene ifølge straffeprosessloven	45

6.4	Skrankene ifølge høyesterettspraksis	45
6.4.1	Innledning	45
6.4.2	Rt. 1990 s. 312	46
6.4.3	Rt. 2001 s. 29	46
6.4.4	Rt. 2006 s. 120	47
6.4.5	Rt. 2009 s. 1590 (Mjellem og Karlsen)	48
6.4.6	Slutninger fra høyesterettspraksis	49
6.5	Avveining av rettskildefaktorene	49
<u>7</u>	<u>EN SAMMENLIGNING AV REGLENE</u>	<u>52</u>
<u>8</u>	<u>SYNSPUNKTER PÅ KASTE-MATHISEN-DOMMEN</u>	<u>54</u>
<u>9</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>57</u>

1 Innledning til oppgaven

1.1 Temaet

Senest i desember 2009 hadde Høyesterett til behandling en saksbehandlingsanke over påståtte feil fordi vitnet ikke var til stede i tingretten og det istedenfor ble lest opp fra vitnets politiforklaringer.¹ I april våren 2010 var det på nytt berammet en sak for Høyesterett på grunn av tilsvarende påstand om saksbehandlingsfeil.² Spørsmålet om hvilke begrensninger det er i adgangen er til å lese opp fra politiforklaringer er regulert både i straffeprosessloven og i Den europeiske menneskerettskonvensjon.³ Følgelig har spørsmålet om opplesningsadgangen gjentatte ganger vært vurdert av Den europeiske menneskerettsdomstol.⁴ Spørsmålet om begrensningene i opplesningsadgangen er altså dagsaktuelt og derfor kan det være interessant å se nærmere på disse begrensningene.

1.2 Bakgrunnen for opplesningsadgangen

Tiltalte har ifølge strpl § 90 ikke plikt til å forklare seg for retten, og en eventuell forklaringsvegring kan for eksempel skyldes råd fra forsvareren. Men da er det ifølge strpl § 290 hjemmel for å lese opp fra tiltaltes politiforklaringer på nærmere vilkår.

Når *vitner* møter, men nekter å forklare seg kan det ifølge strpl § 296 på visse vilkår leses opp fra vitnets politiforklaringer. Men enkelte møtende vitner har ifølge strpl §§ 122 og 123 begrenset plikt til å forklare seg på grunn av sitt forhold til tiltalte.

Også når vitner ikke er til stede, kan det ifølge strpl § 297 på bestemte vilkår leses opp fra vitnets politiforklaringer.

¹ Rt. 2009 s. 1590.

² Så vidt jeg oppfattet nyhetene fra Norsk rikskringkasting i radio 16. april er saken avgjort nå, men på grunn av innleveringsfristen for oppgaven har jeg ikke tatt med denne avgjørelsen.

³ Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 25, også forkortet strpl. Europarådets konvensjon av 4. november 1950, forkortet EMK.

⁴ Forkortet EMD.

Det ovenstående viser altså at det kan være behov for å lese opp fra politiforklaringer istedenfor utelukkende å bygge på muntlige forklaringer for retten fra tiltalte eller vitner.

Eventuelle brudd på opplesningsadgangen er en saksbehandlingsfeil, og dersom feilen er årsak til at en dom ikke er innholdsmessig riktig kan dommen ifølge strpl § 343 bli opphevet.⁵

1.3 Rettslige problemstillinger

De relevante bestemmelsene i straffeprosessloven er §§ 290, 296 og 297. Begrensningene i opplesningsadgangen er derfor avhengig av hvordan disse bestemmelsene må fortolkes.

De nevnte bestemmelsene reiser tre rettslige problemstillinger. Hvordan er skrankene for å lese opp fra politiforklaringer når

- 1) *tiltalte* er til stede i retten, men nekter å forklare seg?
- 2) *vitnet* er til stede i retten, men nekter å forklare seg?
- 3) *vitnet* ikke er til stede i retten?

I fortsettelsen danner disse problemstillingene rammen for oppgaven. Det leder oss over til spørsmålet om hvilke rettskildefaktorer som er relevante for å drøfte problemstillingene.

1.4 Sentrale rettskilder

Her gir jeg kun helt kort en oversikt over de sentrale rettskildefaktorene, mens jeg kommer nærmere tilbake til dem nedenfor i kapittel 2.

I tillegg til strpl §§ 290, 296 og 297 er følgende rettskildefaktorer spesielt relevante for å drøfte begrensningene i opplesningsadgangen:

Høyesterettspraksis vedrørende strpl §§ 290, 296 og 297, EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 d og praksis fra EMD angående nevnte konvensjonsartikler. Dessuten er teoretiske fremstillinger av Jørgen Aall, Sverre Erik Jebens og Magnus Matningsdal relevante.⁶

⁵ Bestemmelsen minner om § 41 i lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967, forkortet forvaltningsloven.

⁶ Aall, Jørgen. *Rettergang og menneskerettigheter*. Universitetsforlaget 1995, forkortet Aall (1995). Jebens, Sverre Erik. *Menneskerettigheter i straffeprosessen*. Cappelen Akademisk Forlag 2004, forkortet Jebens (2004). Matningsdal, Magnus. *Siktedes rett til å eksaminere vitner. Opplesning av politiforklaringer, anonyme vitner og dommeravhør av barn*. Fagbokforlaget 2007, forkortet Matningsdal (2007).

1.5 Målsetting for oppgaven

På bakgrunn av rettskildematerialet som jeg gjennomgår og ved hjelp av den juridiske metoden, er formålet med oppgaven å svare på nevnte problemstillinger og stille opp de korresponderende rettsreglene om opplesningsadgangen de lege lata.

1.6 Avgrensninger

For å holde fokus på hovedtrekkene ved skrankene for opplesningsadgangen og ikke trekke inn for mange detaljer, leter jeg primært etter enkelte fellesnevner som kjennetegner opplesningsadgangen i de ulike situasjonene som er regulert i strpl §§ 290, 296 og 297. Derfor drøfter jeg for eksempel ikke nærmere de skrankene for opplesningsadgangen som følger av nærståendes fritak fra vitneplikten eller betydningen av om straffesakene vedrørende flere tiltalte er forent til felles behandling. Under gjennomgangen av høyesterettspraksis er det imidlertid naturlig å nevne slike enkeltheter for sammenhengens skyld.

For oversiktens skyld drøfter jeg heller ikke generelle spørsmål om bevisføring, bevisavskjæring og bevisbedømmelse. Det samme gjelder problemstillinger vedrørende anonyme vitner samt dommeravhør av barn og psykisk utviklingshemmete.

1.7 Disposisjon

Den nære sammenhengen mellom de tre problemstillingene tilsier kanskje å drøfte dem samlet for hver enkelt av rettskildefaktorene. Men jeg tror allikevel at oppgaven blir mer oversiktlig ved å drøfte hver av problemstillingene ferdig for alle de relevante rettskildefaktorene og heller sammenligne rettsreglene etterpå.

1.8 Den videre fremstilling

Først drøfter jeg hvilke rettskildefaktorer som er mest relevante for oppgaven. Deretter drøfter jeg noen spesielle metodespørsmål i straffeprosessen. For hver av de tre problemstillingene som oppgaven reiser går jeg deretter frem som følger: jeg drøfter rettsgrunnlaget ifølge EMK med tilhørende praksis fra EMD, derpå drøfter jeg hjemmelen i straffeprosessloven og høyesterettspraksis angående denne, så formulerer jeg den korresponderende rettsreglen de lege lata. Dernest sammenligner jeg de tre rettsreglene

om opplesningsadgangen. Til slutt drøfter jeg noen synspunkter på reglene på bakgrunn av en dom fra EMD.

2 Relevante rettskildefaktorer i straffeprosessen

2.1 Innledning

I dette kapittel drøfter jeg hvilke rettskildefaktorer som er mest relevante for straffeprosessen og dermed begrensningene i opplesningsadgangen. Rangeringen av faktorene bygger jeg på den antatte vekten som faktorene har i forhold til hverandre.

2.2 EMK

EMK er relevant for straffeprosessen fordi den ifølge menneskerettsloven⁷ §§ 2 og 3 er både skranke og tolkingsfaktor for straffeprosessloven, og EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 d er spesielt relevante for å drøfte begrensningene i opplesningsadgangen.

EMK art. 6 nr. 1 er den generelle regelen om tiltaltes krav på rettferdig rettergang. Samtidig er bestemmelsen rettsgrunnlaget for opplesningsadgangen når tiltalte nekter å forklare seg for retten.

EMK art. 6 nr. 3 d er en spesiell side ved EMK art. 6 nr. 1, og bestemmelsene er til sammen rettsgrunnlaget for opplesningsadgangen vedrørende politiforklaringer fra vitner, både når vitnene er til stede i retten og når de ikke er det.

2.3 SP⁸

SP er relevant for straffeprosessen ettersom den også ifølge menneskerettsloven §§ 2 og 3 er så vel skranke som tolkingsfaktor for straffeprosessloven.

Tiltaltes rett til ikke å forklare seg er regulert i SP art. 14 nr. 3 g, og denne bestemmelsen er da en del av rettsgrunnlaget for opplesningsadgangen.

2.4 Praksis fra EMD

EMD har ifølge EMK art. 32 nr. 1 kompetanse til å tolke EMK, og på bakgrunn av menneskerettsloven §§ 2 og 3 er derfor praksis fra EMD en relevant rettskildefaktor i straffeprosessen. Følgelig fungerer også praksis fra EMD som skranke og tolkingsfaktor når straffeprosessloven tolkes.

⁷ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30, forkortet menneskerettsloven.

⁸ FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966, forkortet SP.

Når EMD tolker konvensjonen tar den stilling til hovedspørsmålene som oppstår omkring straffeprosessen i konvensjonsstatene, mens detaljene er overlatt til for eksempel Norge som konvensjonsstat.⁹ Fordi ordlyden i EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 d til dels er vag og derfor gir beskjeden veiledning, får praksis fra EMD desto større vekt som rettskildefaktor i straffeprosessen. EMD har imidlertid ikke til oppgave å overprøve norske rettsavgjørelser i sin alminnelighet, men kun til å påse at rettigheter og friheter som er nedfelt i EMK blir respektert.¹⁰

2.5 Menneskerettsloven

Menneskerettsloven ble vedtatt som følge av Grl § 110 c, og ifølge menneskerettsloven § 2 er EMK og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter norsk lov. I tillegg følger det av menneskerettsloven § 3 at både EMK og SP går foran straffeprosessloven ved eventuell motstrid. Følgelig virker som nevnt EMK og SP som så vel skranke som tolkingsfaktor for tolkingen av straffeprosessloven, men utover denne funksjonen er ikke menneskerettsloven relevant for problemstillingene i oppgaven.

2.6 Grunnloven¹¹

Grunnloven er lex-superior og følgelig den rettskildefaktoren som har høyest rang i norsk rett. I Grl § 110 c første ledd er menneskerettighetene beskyttet, men bestemmelsen har preg av politisk programerklæring slik at den nok mest har formell betydning for straffeprosessen.¹²

2.7 Straffeprosessloven med forarbeider

Allerede før menneskerettsloven ble vedtatt var EMK og SP inkorporert som norsk lov gjennom strpl § 4 med ditto betydning som menneskerettsloven for tolkingen av straffeprosessloven.¹³

⁹ Matningsdal (2007) s. 46.

¹⁰ Elgesem, Frode. Tolking av EMK – Menneskerettsdomstolens metode. I: *Lov og Rett* nr. 4/5 2003, forkortet Elgesem (2003), s. 238.

¹¹ Kongeriget Norges Grundlov av 17. mai 1814, også forkortet Grl.

¹² Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. Cappelen Akademisk Forlag 2002, forkortet Møse (2002), s. 179.

¹³ Bjerke, Hans Kristian og Erik Keiserud. *Straffeprosessloven. Kommentartutgave*. Bind I. Universitetsforlaget 2001, forkortet Bjerke/Keiserud (2001) Bind I, s. 39.

I tillegg til strpl §§ 290, 296 og 297 reiser flere andre bestemmelser i straffeprosessloven spørsmål av betydning for detaljene for begrensningene i opplesningsadgangen, men detaljspørsmålene inngår som nevnt ikke i formålet med oppgaven.

Forarbeidene til straffeprosessloven som helhet er omtrent 30 år gamle og i mellomtiden har det tilkommet adskillig høyesterettspraksis om loven.¹⁴ Forarbeidene er følgelig på langt nær den mest relevante rettskildefaktoren, men de kan nok fremdeles ha informasjonsverdi om tolkingsspørsmål.

Forarbeidene til to-instansreformen er derimot en del nyere samtidig som de uttrykkelig drøfter forholdet mellom EMK og SP versus straffeprosessloven.¹⁵ Derfor er forarbeidene til to-instansreformen relevante for straffeprosessen og begrensningene i opplesningsadgangen.

2.8 Høyesterettspraksis

For å få frem hvordan Høyesterett vurderer forholdet mellom straffeprosessloven og EMK begynner jeg kapittel 3.1 nedenfor med kort å vise hvordan Høyesterett mer generelt forholder seg til EMK.

Mest relevant for å drøfte skrankene for opplesningsadgangen er høyesterettspraksis angående strpl §§ 290, 296 og 297 ettersom disse paragrafene regulerer opplesningsadgangen.

Frem til omtrent 1990 var opplesningsadgangen forholdsvis romslig i Norge og det var kun hensynet til vitner som begrenset opplesningsadgangen.¹⁶ Fra da av ble fokus rettet mot tiltaltes behov for å krysseksaminere vitner.¹⁷ Det skyldtes at norske forsvarere stadig oftere påberopte EMK og avgjørelser fra EMD som rettsgrunnlag når de nedla påstand om saksbehandlingsfeil fordi opplesningsadgangen var overskredet.¹⁸ Derfor er det Høyesteretts avgjørelser etter 1990 som er relevante for problemstillingene i oppgaven.

¹⁴ NUT 1969:3 og Ot.prp.nr.35 (1978-1979).

¹⁵ NOU 1992:28 og Ot.prp.nr.78 (1992-1993).

¹⁶ Matningsdal (2007) s. 25 og s. 29.

¹⁷ Matningsdal (2007) s. 54.

¹⁸ Matningsdal (2007) s. 54.

2.9 Rundskriv fra riksadvokaten

Riksadvokaten som øverste leder for påtalemyndigheten har kompetanse til å instruere underordnede organer og tjenestemenn. Gjennom rundskriv gir han retningslinjer for å få en mest mulig ensartet tolking av straffeprosessloven i påtalemyndigheten.¹⁹ Men retningslinjene har ikke adresse til domstolene og er følgelig mest relevante for påtalemyndigheten selv. Rundskrivene kan nok imidlertid være relevante for oppgaven og gi meg impulser til drøftelsen av begrensningene i opplesningsadgangen.

2.10 Juridisk teori

Teorien er blant annet nyttig for å finne frem til og belyse øvrige relevante rettskildefaktorer for opplesningsadgangen. En ulempe for oppgaven er at det kan være vanskelig å fri seg helt fra det man har lest hos andre, og jeg utelukker ikke at min fremstilling har tatt farge av teorien.

Dessuten er særlig nyere teori relevant for en diskusjon av opplesningsadgangen når møtende vitner nekter å forklare seg. Det gjelder blant annet artikler av John Christian Elden, Gert Johan Kjelby, Jens Edvin A. Skoghøy og Jørgen Aall.²⁰ Jeg kommer tilbake til disse artiklene i slutten av oppgaven. På lengre sikt kan ny teori prinsipielt tenkes å påvirke dommerne og dermed indirekte skrankene for opplesningsadgangen.

¹⁹ Andenæs, Johs. ved Tor-Geir Myhrer. *Norsk straffeprosess*. Samlet utgave. Universitetsforlaget 2009, forkortet Andenæs ved Myhrer (2009), s. 42.

²⁰ Elden, John Christian. Opplesning av politiforklaringer etter Norges tap i EMD. I: *Juristkontakt* nr. 9 2006, forkortet Elden (2006). Kjelby, Gert Johan. Betydningen av Kaste og Mathisen mot Norge – en replikk. I: *Lov og Rett* nr. 3 2007, forkortet Kjelby (2007). Skoghøy, Jens Edvin A. Opplesning av politiforklaringer. I: *Advokatbladet* november 2006, forkortet Skoghøy (2006). Aall, Jørgen. Reell anledning til å teste motpartens vitner – EMK art 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d. En kommentar til Kaste og Mathisen-dommen mot Norge. I: *Lov og Rett* nr. 1 2007, forkortet Aall (2007).

3 Juridisk metode i straffeprosessen

3.1 Innledning

For å få frem hvordan EMK og praksis fra EMD må tolkes og for å belyse hvilken vekt EMK og EMD har i norsk straffeprosess, drøfter jeg i kapittel 3 kort den juridiske metoden som henholdsvis Høyesterett og EMD benytter seg av. Samtidig påpeker jeg at det er Høyesterett som ifølge Grl § 88 har kompetanse til å tolke straffeprosessloven, og i utgangspunktet er det som nevnt EMD som ifølge EMK art. 32 nr. 1 har kompetanse til å tolke EMK.

3.2 Høyesteretts forhold til EMK og EMD

I Rt. 1994 s. 610 (Bølgepappkjennelsen (5-0)) var det blant annet spørsmål om straffeprosessloven eller praksis fra EMD angående EMK skulle ha forrang ved eventuell motstrid.²¹ Høyesterett forutsatte at en avgjørelse fra EMD i så fall måtte være faktisk og rettslig sammenlignbar med det spørsmål som var forelagt Høyesterett.²² Under denne forutsetning formulerte Høyesterett klarhetsprinsippet som innebar at en regel som bygget på EMK/EMD og SP måtte være ”tilstrekkelig klar og entydig” for at den skulle gis forrang fremfor straffeprosessloven.²³

I Rt. 2000 s. 996 (Bøhlerdommen (13-0)) ble klarhetsprinsippet forlatt.²⁴ Høyesterett forutsatte nå at spørsmålet om EMK/EMD og SP eller straffeprosessloven skal ha forrang ved eventuell motstrid ikke lenger kan ”løses ved hjelp av et generelt prinsipp”.²⁵ Men på den ene side er vilkåret om tilstrekkelig klar og entydig moderert til et vilkår om at innholdet av EMK må være ”rimelig klart” for at den skal få forrang fremfor annen norsk lov.²⁶ Når det derimot er mer tvilsomt hva som er innholdet av EMK, fastslo Høyesterett på den annen side at norske domstoler også må kunne tolke EMK på bakgrunn av intern norsk

²¹ Så langt som jeg har brakt på det rene stemmetallene fra Høyesterett, EMD og Kommisjonen og jeg anser disse for relevante for sammenhengens skyld, angir jeg for rettsavgjørelsene stemmene for og mot avgjørelsen med hensyn til rettsspørsmålene som er av interesse for oppgaven. Frem til 1998 var Kommisjonen en del av domsapparatet under EMK, se Møse (2002) s. 108.

²² Rt. 1994 s. 610 på s. 617.

²³ Rt. 1994 s. 610 på s. 616.

²⁴ Rt. 2000 s. 996 på s. 1007.

²⁵ Rt. 2000 s. 996 på s. 1007.

²⁶ Rt. 2000 s. 996 på s. 1007.

rett med reelle hensyn i form av ”verdioppfatninger og tradisjoner”, i tillegg til praksis fra EMD.²⁷ Høyesterett la altså til grunn at norske domstoler har kompetanse til å ”foreta en selvstendig tolking av konvensjonen”.²⁸ Høyesterett stilte seg således friere til EMK og EMD i tvilsomme tolkingsspørsmål slik at EMK ikke ubetinget får forrang fremfor for eksempel straffeprosessloven. Bøhlerdommen drøftet forholdet mellom inkorporert folkerett og annen norsk lov på prinsipielt grunnlag og den ble avsagt enstemmig i plenum.²⁹ Dertil er Bøhlerdommen fulgt opp i senere praksis og den må derfor tillegges forholdsvis stor vekt for forrangsspørsmålet.³⁰

3.3 Juridisk metode i EMD

Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969 ligger til grunn for tolkingen av EMK.³¹ Når EMD tolker bestemmelsene i EMK tar den derfor utgangspunkt i ordlyden, konteksten og formålet med EMK-bestemmelsen i henhold til art. 31 nr.1 i Wien-konvensjonen om traktatretten, og ifølge art. 32 kan EMD også bygge på forarbeidene til EMK for å få klarlagt ordlyden. Men fordi ordlyden ofte er nokså vag stiller EMD seg tilsvarende fritt til denne. Bortsett fra forarbeidene er tilfanget av supplerende rettskildefaktorer temmelig begrenset og EMD tolker derfor EMK forholdsvis fritt og formålsoorientert.³² EMD har selv vist til at den oppfatter EMK som ”a living instrument which [...] must be interpreted in the light of present-day conditions.”³³

For oversiktens skyld utelater jeg stadige krysshenvisninger mellom avgjørelsene fra EMD, men jeg vil gjerne trekke frem Peltonen-avgjørelsen som eksempel på EMDs metode.³⁴

²⁷ Rt. 2000 s. 996 på s. 1008.

²⁸ Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45.

²⁹ Eckhoff, Torstein ved Jan E. Helgesen. *Rettskildelære*. Universitetsforlaget 2001, forkortet Eckhoff ved Helgesen (2001), s. 330.

³⁰ Rt. 2002 s. 557 på s. 565, Rt. 2003 s. 359 avsnitt 56-59, Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45.

³¹ Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969, forkortet Wien-konvensjonen om traktatretten.

³² Møse (2002) s. 102.

³³ EMDs dom av 25. april 1978, sak nr. 5856/72, Tyrer mot Storbritannia, forkortet Tyrer-dommen, paragraf 31.

³⁴ EMDs avvisningsvedtak av 11. mai 1999, sak nr. 30409/96, Peltonen mot Finland, forkortet Peltonen-avgjørelsen.

EMD forutsetter at reglene om bevisføringen og bevisbedømmelsen er regulert i nasjonal lov og blir håndhevet av domstolene i konvensjonsstatene. EMD forutsetter at konvensjonsstatene under rettergangen bygger på prinsippene om bevisumiddelbarhet og muntlighet samt prinsippene om offentlighet og kontradiksjon som vi gjenkjenner i norsk straffeprosess.³⁵ EMD forutsetter dessuten at tiltalte har krav på å forsvare seg enten ved at han selv eller forsvareren hans i løpet av saken har fått en tilstrekkelig og egnet anledning til å krysseksaminere de som vitner mot ham. I så fall er ikke bruken av forklaringer som er avgitt forut for rettssaken i seg selv uforenlig med EMK art. 6. EMDs oppgave er å påse at rettergangen som helhet var rettferdig, herunder bevisopptaket.³⁶

³⁵ Se for eksempel strpl §§ 90, 133, 278, 290, 296 og 297 for prinsippene om bevisumiddelbarhet og muntlighet. Se for eksempel § 124 i lov om domstolene av 13. august 1915 nr. 5, forkortet domstoloven, for offentlighetsprinsippet. Se for eksempel strpl §§ 302 og 305 for kontradiksjonsprinsippet.

³⁶ Peltonen-avgjørelsen s. 7.

4 Skrankene for opplesningsadgangen når *tiltalte* er til stede, men nekter å forklare seg

4.1 Skrankene ifølge EMK og SP

Rettsgrunnlaget for vernet mot selvinkriminering er EMK art. 6 nr. 1, men SP art. 14 nr. 3 g en relevant tolkingsfaktor på bakgrunn av den praksis fra EMD som er referert nedenfor i kapittelet. Derfor tar jeg utgangspunkt i SP art. 14 nr. 3 g for å drøfte hvilke begrensninger i opplesningsadgangen som følger av EMK art. 6 nr. 1.

Ifølge Wien-konvensjonen om traktatretten er som nevnt ordlyden, konteksten og formålet utgangspunktet for å tolke SP og EMK. Den engelske teksten er ett av originalspråkene både i SP og EMK, og har følgelig rettskildevikt, se SP art. 53 nr. 1 og EMK art. 59 nr. 4. Derfor gjengir jeg konvensjonstekstene og avgjørelsene fra EMD på engelsk.

Rettsgrunnlag for vernet mot selvinkriminering i SP art. 14 nr. 3 g:

“[...] everyone shall be entitled to [...] not to be compelled to testify against himself or to confess guilt.”

Som det fremgår av sitatet er vernet mot selvinkriminering uttrykkelig fastslått i bestemmelsen.

Av interesse for begrensningene i opplesningsadgangen ifølge EMK art. 6 nr. 1 er denne delen av ordlyden:

”Art 6. Right to a fair trial

1. In the determination of [...] any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair [...] hearing [...]

I motsetning til SP art. 14 nr. 3 g gir verken ordlyden i seg selv eller paragrafoverskriften i EMK art. 6 nr. 1 nærmere veiledning om rekkevidden til bestemmelsen. Men på bakgrunn av EMK art. nr. 1 er det norske myndigheters ansvar å sikre tiltalte de rettighetene som følger av EMK del I. ”Rettigheter og friheter” lyder kapitteloverskriften til EMK del I som begynner i art. 2 med den fundamentale

menneskerettigheten om retten til liv. Indirekte fremgår det derfor at formålet med EMK er omfattende slik at det er kurant å tolke art. 6 nr. 1 formålsorientert og vidtrekkende.

For at rettergangen skal være rettferdig tilsier formålet med art. 6 nr. 1 at bestemmelsen beskytter tiltalte mot å belaste seg selv. Følgelig kan EMK art. 6 nr. 1 tolkes dit hen at bestemmelsen er rettsgrunnlag for vernet mot selvinkriminering og at det er derfor EMD dømmer etter bestemmelsen i saker om dette konvensjonsvernet.

4.2 Skrankene ifølge EMD

4.2.1 Innledning

I dette kapittel er altså rettsgrunnlaget EMK art. 6 nr. 1 og avgjørelsene fra EMD er ment å illustrere hvordan EMD tolker skrankene for opplesningsadgangen ifølge konvensjonsbestemmelsen.

4.2.2 Funke-dommen³⁷

Funke var en tysk statsborger som var ilagt mulkt for antatt brudd på fransk tollovgivning. Formålet med mulkten var å tvinge Funke til å bistå tollmyndighetene med å oppklare saken.

En nesten enstemmig Domstol (8-1) kom til motsatt konklusjon av Kommissjonen (7-5) og konstaterte krenkelse av art. 6 nr. 1.

Hensynet til at bevisbyrden påhvilde tollmyndighetene talte mot at Funke hadde plikt til å legge frem de omstridte dokumentene for tollmyndighetene.³⁸ EMD tolket EMK art. 6 nr. 1 på bakgrunn av SP art. 14 nr. 3 g.³⁹ Tvangen krenket Funkes rett som tiltalt til å forholde seg taus og ikke bidra til mulig domfellelse.⁴⁰ Tollmyndighetene hadde ikke kompetanse til å bruke tvang for at Funke skulle fremskaffe dokumenter som eventuelt kunne bevise hans antatte lovbrudd.⁴¹ EMD presiserte at termen “charged with a criminal offence” må tolkes autonomt.⁴² Det innebærer at tolkingen er formålsorientert for at ikke

³⁷ EMDs dom av 25. februar 1993, sak nr. 10828/84, Funke mot Frankrike, forkortet Funke-dommen.

³⁸ Funke-dommen paragraf 41.

³⁹ Funke-dommen paragraf 42.

⁴⁰ Funke-dommen paragraf 44.

⁴¹ Funke-dommen paragraf 44.

⁴² Funke-dommen paragraf 44.

konvensjonsstatene skal omgå restriksjonene på nasjonal lovgivning ved å bruke misvisende begreper i lovene.⁴³ Det var følgelig feil at fransk tollovgivning forutsatte at Funke var straffesiktet allerede på kontrollstadiet for tollmyndighetene.⁴⁴

Avgjørelsen angår direkte spørsmålet om bruken av tvangsmulkt for å tvinge en borger til å legge frem dokumenter for forvaltningen, men det må være rimelig å anta at dokumentene senere vil kunne bli brukt mot opphavsmannen dersom de avstedkommer en straffesak. Derfor er det nærliggende å tolke avgjørelsen utvidende slik at det i EMK art. 6 nr. 1 ikke er hjemlet noen ubetinget opplesningsadgang for forklaringer som er avgitt overfor forvaltningen.

Den forvaltningsmessige etterforskningen mot Funke som var basert på tvang under bevisopptaket forutsatte at det var adgang til å bruke de bevisene som ble tilveiebrakt slik. I så måte har denne tvangsbruken likhetstrekk med at politiet benytter seg av utradisjonelle etterforskningsmetoder som eksempelvis avlytting, fordi den ufrivillige avlyttingen også forutsetter at resultatet av avlyttingen i utgangspunktet kan føres som bevis i retten. Derfor mener jeg at Funke-dommen analogisk anvendt gir støtte til at bevis som er fremskaffet ved avlytting eller provokasjon neppe blir godtatt av EMD.⁴⁵

4.2.3 Saunders-dommen⁴⁶

Saunders var i forbindelse med oppkjøp av et konkurrerende bryggeri dømt for flere forhold av økonomisk art. Under straffetrussel ble han i praksis tvunget til å avgi forklaringer til forvaltningen. Disse ble brukt som fellende bevis mot ham i den etterfølgende straffesaken, fordi han nektet å forklare seg muntlig for retten. Rettsspørsmålet i dommen var om bruken av forklaringene krenket vernet mot selvinkriminering.⁴⁷

Både Kommisjonen (14-1) og EMD (16-4) konstaterte krenkelse av art. 6 nr. 1. Aktor viste blant annet til norske regler om opplesningsadgangen vedrørende forklaringer

⁴³ Møse (2002) s. 101.

⁴⁴ Funke-dommen paragraf 14 og 31.

⁴⁵ Funke-dommen paragraf 44.

⁴⁶ EMDs dom av 17. desember 1996, sak nr. 19187/91, Saunders mot Storbritannia, forkortet Saunders-dommen.

⁴⁷ Saunders-dommen paragraf 67.

som er avgitt overfor forvaltningen, men denne anførselen førte altså ikke frem.⁴⁸

Avgjørende for EMD var det at de omtvistete forklaringene krenket vernet mot selvinkriminering fordi de ble brukt av aktoratet for å fremstille Saunders som uærlig.⁴⁹

Etter en totalvurdering hadde følgelig ikke prosessen vært rettferdig for Saunders.⁵⁰

EMD innfortolket vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6 nr. 1 på bakgrunn av alminnelige rettssetninger og bygget videre på Funke-dommen.⁵¹ Videre påpekte EMD den nære sammenhengen mellom kravet om ”fair trial” og uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2.⁵² Sammenhengen tilsier at tiltalte ikke har forklaringsplikt om egne forhold fordi en slik forklaringsplikt forutsetter at tiltalte ikke er ubetinget uskyldig. Vernet mot selvinkriminering omfatter imidlertid ikke dokumenter som myndighetene kan avkreve tiltalte når dokumentene eksisterer uavhengig av tiltaltes vilje forut for en pågripelse, det vil si dokumenter som ikke er fremstilt med henblikk på straffesaken.⁵³ EMD presiserte at vernet mot selvinkriminering ikke begrenser seg til rene skylderkjennelser, men derimot også omfatter forklaringer overfor forvaltningen.⁵⁴ Men EMD holdt åpent spørsmålet om vernet mot selvinkriminering er absolutt eller relativt, og i Saunders-dommen er derfor rekkevidden av vernet uavklart.⁵⁵ Saunders-dommen gir allikevel en antydning om hvor grensene går.⁵⁶

4.2.4 Slutninger fra EMDs praksis

I motsetning til Funke-dommen var det i EMD en mer markert dissens i Saunders-dommen. Til gjengjeld ble Saunders-dommen behandlet i Storkammer i tillegg til at også Kommisjonen med solid flertall konkluderte med krenkelse av art. 6 nr. 1. EMD trakk frem premissene fra Funke-dommen og bygget videre på dem, men domsgrunnene i Saunders-dommen er holdt på et mer prinsipielt plan og de er grundigere. Dertil er Saunders-dommen

⁴⁸ Saunders-dommen paragraf 62.

⁴⁹ Saunders-dommen paragraf 72.

⁵⁰ Saunders-dommen paragraf 69 og 81.

⁵¹ Saunders-dommen paragraf 68.

⁵² Saunders-dommen paragraf 68.

⁵³ Saunders-dommen paragraf 69.

⁵⁴ Saunders-dommen paragraf 71.

⁵⁵ Saunders-dommen paragraf 74.

⁵⁶ Saunders-dommen paragraf 69 og 71.

av nyere dato enn Funke-dommen. Samlet sett må en kunne slutte at både Funke-dommen og Saunders-dommen har relativt stor prejudikatverdi.⁵⁷

Begge dommene tar utgangspunkt i at rettergangen etter en totalvurdering må være rettferdig for tiltalte. Det følger av Funke-dommen at forvaltningen ikke kan bruke tvang mot borgerne for å fremskaffe dokumenter, og at forklaringer overfor forvaltningen ikke anses for å være avgitt i anledning en eventuell etterfølgende straffesak. Ifølge Saunders-dommen kan det i utgangspunktet ikke leses opp fra slike forklaringer i straffesaken, og forklaringene kan uansett ikke brukes i den hensikt å så tvil om tiltaltes troverdighet.

4.3 Skrankene ifølge straffeprosessloven

Det er hjemmel for å lese opp fra tiltaltes forklaringer i strpl § 290:

”Gjengivelse i rettsbok eller politirapport av forklaring som tiltalte tidligere har gitt i saken, kan bare leses opp [...] når det gjelder punkter som han nekter å uttale seg om eller erklærer at han ikke husker [...] Det samme gjelder skriftlig erklæring som han tidligere har avgitt i anledning saken.”

Ifølge ordlyden må det dreie seg om enten rettslige forklaringer eller politiforklaringer eller skriftlige erklæringer i anledning saken, og bare deler av forklaringene kan leses opp. Det er kun adgang til å lese opp fra forklaringene og de kan følgelig ikke legges frem som dokumentbevis. Påstått hukommelsessvikt kan ha karakter av forklaringsnektelse, men er uansett omfattet av ordlyden. Under forutsetning av at en forklaring overfor forvaltningen kan sies å være avgitt i anledning den senere straffesaken, så er også slike forklaringer dekket av ordlyden. Antitetisk tolket begrenser ikke bestemmelsen opplesningsadgangen vedrørende tiltaltes forklaringer i tilknytning til andre straffesaker og disse forklaringene kan i så fall brukes til å belyse tiltaltes troverdighet.

Straffeprosessloven § 290 må ses i sammenheng med strpl §§ 278, 296 og 297 som reflekterer muntlighetsprinsippet og derfor taler mot opplesning. Derimot inngår i konteksten også strpl §§ 90 og 232 om mistenktes og siktedes fritak fra forklaringsplikt

⁵⁷ Med prejudikat forstår jeg en rettsavgjørelse som ikke uten videre vil bli fraviket senere.

samt § 294 om hensynet til å få saken tilstrekkelig belyst, hvilket samlet sett tilsier opplesning.

Straffeprosessloven er saksbehandlingsreglene om straffeloven og dermed må en også tolke strpl § 290 på bakgrunn av strl § 167 som fritar siktede for straffansvar for falsk forklaring, noe som taler mot opplesning.⁵⁸

Poenget med to-instansreformen i relasjon til strpl § 290 var å utvide opplesningsadgangen slik at lagmannsretten kan følge hele forklaringskjeden fra etterforskningen via tingretten.⁵⁹

På grunn av SP art. 14 nr. 5 måtte Norge tidligere ta forbehold ved tilslutningen til SP.⁶⁰ Antitetisk tolket viser forarbeidene til to-instansreformen at Stortinget som lovgiver anser strpl § 290 for å harmonere med både EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 d samt SP art. 14 nr. 3 g.⁶¹

4.4 Skrankene ifølge høyesterettspraksis

4.4.1 Innledning

Som nevnt endret rettsutviklingen i Norge seg rundt 1990 da forsvarerne mer aktivt begynte å bruke EMK og avgjørelser fra EMD. Utvalget av høyesterettspraksis er ment å gjenspeile denne utviklingen og å vise hvordan Høyesterett tolker skrankene for opplesningsadgangen ifølge strpl § 290 i lys av EMK og avgjørelser fra EMD.

4.4.2 Rt. 1994 s. 610 (Bølgepappkjennelsen)

Kjennelsen gjelder opplesning av sammendrag av forklaringer fra forvaltningssaken som var foranledningen til straffesaken. Forklaringene var innhentet i forbindelse med kontroll av mulig ulovlig prissamarbeid og de var avgitt under straffetrussel til forvaltningsmyndighetene. Forklaringene var imidlertid ikke innhentet med tanke på den senere straffesaken. Spørsmålet var i hvilken grad det eventuelt kunne leses opp fra forklaringssammendragene i retten.

⁵⁸ Almindelig borgerlig Straffelov av 22.mai 1902 nr. 10, forkortet strl.

⁵⁹ NOU 1992:28 s. 140 og Ot.prp.nr.78 (1992-1993) s. 80.

⁶⁰ NOU 1992:28 s. 125 og Ot.prp.nr.78 (1992-1993) s. 67.

⁶¹ Innst.O.nr.137 (1992-1993) kapittel 12 og komiteens tilråding, Besl.O.nr.143 (1992-1993).

Høyesterett fastslo at vernet mot selvinkriminering fremgår uttrykkelig av SP art. 14 nr. 3 g og må innfortolkes i EMK art. 6 nr. 1.⁶² Deretter gikk Høyesterett gjennom Funke-dommen. Høyesterett brukte teknikken med ”distinguishing the case” og presiserte at denne dommen kun gjaldt dokumentfremleggelse og ikke bruken av dokumentene i en etterfølgende straffesak, selv om bruken av dokumentene i straffesaken er nærliggende ut fra formålet med kontrollen til forvaltningen.⁶³ Dermed kunne Høyesterett tolke Funke-dommen innskrenkende slik at bruken av forklaringssammendragene i den norske straffesaken ikke var i strid med Funke-dommen.⁶⁴ Men Høyesterett (5-0) kom til at forklaringene overfor forvaltningen var avgitt i anledning straffesaken og følgelig bare kunne brukes til å konfrontere de tiltalte med eventuelle avvik i deres muntlige forklaringer for retten.⁶⁵ Straffeprosessloven §§ 290, 296 og 297 gav følgelig hjemmel til opplesning av forklaringene overfor forvaltningen på samme vilkår som for politiforklaringer.⁶⁶ Høyesterett har senere modifisert sin tolkning av Funke-dommen noe, slik at den ikke lenger er ubetinget avgjørende for spørsmålet om bruken av forklaringer som er avgitt til forvaltningen.⁶⁷

4.4.3 Rt. 1999 s. 1269

Dommen angår bruken av bevis som er fremskaffet ved hjelp av utradisjonelle etterforskningsmetoder. En fengselsbetjent var domfelt for å ha hjulpet en innsatt med å rømme. Fellende og omtvistete bevis var blant annet fengselsbetjentens innrømmelser til en innsatt på grunn av provokasjon samt opptak med skjult mikrofon. Som del av rettsgrunnlaget fremholdt Høyesterett SP art. 14 nr. 3 g og EMK art. 6 nr. 1, samt praksis fra EMD.⁶⁸ Men Høyesterett presiserte også at uavhengig av konvensjonsvernet er det et grunnfestet prinsipp i norsk straffeprosess at mistenkte ikke har forklaringsplikt.⁶⁹ Retten fastslo at domfelte var blitt forledet til å komme med innrømmelser på grunn av

⁶² Rt. 1994 s. 610 på s. 618.

⁶³ Rt. 1994 s. 610 på s. 618.

⁶⁴ Rt. 1994 s. 610 på s. 618-619.

⁶⁵ Rt. 1994 s. 610 på s. 620.

⁶⁶ Rt. 1994 s. 610 på s. 619-620.

⁶⁷ Rt. 2007 s. 932 avsnitt 24, 26 og 37. Se også Hov, Jo. *Innføring i prosess*. Bind I. Papinian forlag 2010, forkortet Hov (2010) Bind I, s. 99.

⁶⁸ Rt. 1999 s. 1269 på s. 1271.

⁶⁹ Rt. 1999 s. 1269 på s. 1271.

utradisjonelle etterforskningsmetoder og at beviset derfor var ulovlig ervervet.⁷⁰ Det som var utslagsgivende for Høyesterett (5-0) var at bevisførselen var utelukket fordi den ville innebære en ny krenkelse av mistenktes rett til ikke å belaste seg selv.⁷¹ Følgelig kan ikke utradisjonelle etterforskningsmetoder bli brukt for å omgå vernet mot selvinkriminering, og slik ulovlig bevissikringsprovokasjon avskjærer i så fall bevisene.

4.4.4 Rt. 2007 s. 932

Dommen omhandler opplesningsadgangen i relasjon til forklaringer overfor forvaltningen. Den domfelte var dømt for bounndragelse og kreditorbegunstigelse fordi han fortiet at han mottok et betydelig beløp etter konkursåpningstidspunktet. Forklaringer fra domfelte og hans mor til skifteretten var blant bevisene. Disse omtvistete bevisene fremkom under forklaringsplikt i forbindelse med konkursbehandlingen og ikke med henblikk på en etterfølgende straffesak. Under rettsgrunnlaget for vernet mot selvinkriminering drøftet Høyesterett pånytt SP art. 14 nr. 3 g og EMK art. 6 nr. 1 samt dommene vedrørende Funke og Saunders. Høyesterett presiserte også her at uavhengig av konvensjonsvernet er det et grunnfestet prinsipp i norsk straffeprosess at en mistenkt ikke har forklaringsplikt.⁷² Videre poengterte retten at Saunders-dommen var yngre enn Bølgepappkjennelsen.⁷³ Høyesterett tolket Saunders-dommen slik at vernet mot selvinkriminering er relativt og ikke nødvendigvis omfatter enhver forklaring overfor forvaltningen som blir benyttet i en påfølgende straffesak.⁷⁴ Avgjørende for Høyesterett (5-0) var det at de omtvistete bevisene uansett hadde hatt beskjedne vekt ved bevisbedømmelsen og at de bevisene som derimot var fellende, ikke var beskyttet av vernet mot selvinkriminering.⁷⁵

Det følger av dommen at forklaringer som er avgitt til forvaltningen ikke ubetinget er avskåret som bevis i en påfølgende straffesak. Men de kan kun brukes i henhold til vilkårene i strpl §§ 290, 296 og 297 for opplesning av politiforklaringer.⁷⁶

⁷⁰ Rt. 1999 s. 1269 på s. 1271-1272.

⁷¹ Rt. 1999 s. 1269 på s. 1273

⁷² Rt. 2007 s. 932 avsnitt 18.

⁷³ Rt. 2007 s. 932 avsnitt 20.

⁷⁴ Rt. 2007 s. 932 avsnitt 24.

⁷⁵ Rt. 2007 s. 932 avsnitt 25 og 35.

⁷⁶ Rt. 2007 s. 932 avsnitt 37.

4.4.5 Slutninger fra høyesterettspraksis

I norsk straffeprosess er det et prinsipp at mistenkte ikke har plikt til å forklare seg i straffesaken, men han kan ha plikt til å forklare seg overfor forvaltningen. Forutsetningen for å bruke forklaringer som han har avgitt til forvaltningen i en påfølgende straffesak er at forklaringene ikke ble innhentet med henblikk på straffesaken. I så fall anses disse forklaringene allikevel senere for å være avgitt i anledning straffesaken og de kan brukes til å konfrontere tiltale med uoverensstemmelser mellom hans muntlige forklaring for retten og hans tidligere forklaringer overfor forvaltningen. Men forklaringer som skriver seg fra utradisjonelle etterforskningsmetoder som avlytting eller provokasjon er avskåret som bevis.

De nevnte avgjørelsene av Høyesterett er alle enstemmige og det er i hovedsak samsvar mellom rettssetningene i dem. Følgelig har avgjørelsene relativt stor rettskildevikt.

4.5 Avveining av slutningene fra rettskildefaktorene

I resten av oppgaven referer jeg innimellom til denne prosessen i kortform som avveining av rettskildefaktorene. Det er denne avveiningen som leder frem til rettsregelen, her rettsregelen om opplesningsadgangen når tiltalte er til stede, men nekter å forklare seg.

Det er slutningene på bakgrunn av drøftelsen foran i dette kapittel som skal veies mot hverandre dersom de eventuelt trekker i motsatt retning med henblikk på regelen. Men når slutningene derimot trekker i retning av samme regel blir situasjonen en annen. Da får avveiningen karakter av en rangering og gjenspeiler nettopp rangforholdet mellom rettskildefaktorene. Det innebærer at de fragmentene som følger av de relativt sett tyngste rettskildefaktorene i alle fall må inngå i regelen, mens det er mer åpent hvilke av delene fra de rettskildefaktorene som har relativt mindre vekt som skal inngå i regelen. Dersom noen av rettskildefaktorene er tause om de bruddstykkene som fremgår av en eller flere av de andre rettskildefaktorene, så bygger jeg i prinsippet også regelen på disse bitene. For oversiktens skyld tar jeg imidlertid bare med de fragmentene som er vesentlige for rettsregelen og utelater øvrige detaljer.

Menneskerettsloven § 3 er en vektnorm fordi den gir EMK forrang fremfor annen norsk lov. I relasjon til reglene om opplesningsadgangen veier følgelig EMK og implisitt EMD i utgangspunktet mer enn høyesterettspraksis om straffeprosessloven og straffeprosessloven i seg selv. Derfor begynner jeg avveiningen med å se på slutningene fra EMK og EMD. Dernest oppsummerer jeg slutningene fra straffeprosessloven og høyesterettspraksis, men slik at tolkingen til Høyesterett av straffeprosessloven er avgjørende for hva som er gjeldende norsk rett og derfor veier mer enn ordlyden i straffeprosessloven dersom slutningene fra disse to rettskildefaktorene spriker.

Ordlyden i EMK art. 6 nr. 1 gir ikke eksplisitt vern mot selvinkriminering.

Men EMD har tolket konvensjonen dit hen at bestemmelsen gir et slikt vern, og vernet mot selvinkriminering forhindrer at det i en straffesak er ubetinget adgang til å lese opp fra forklaringer som er avgitt overfor forvaltningen. Vernet forutsetter dessuten at tiltalte etter en helhetsvurdering har fått en rettfærdig rettergang. Imidlertid er vernet relativt og det kan derfor leses opp fra dokumenter som under enhver omstendighet hadde fremkommet for forvaltningen, uavhengig av avgiverens vilje. Det kan for eksempel være slike opplysninger som man er pliktig til å inngi i forbindelse med en skifteattest. Derimot er det ikke anledning til å lese opp fra slike forklaringer i den hensikt å svekke troverdigheten til en tiltalt, og opplesningen skal uansett bare tjene til å belyse sakens faktiske sider og kan ikke tillegges avgjørende bevisvekt.

På vilkår av at forklaringene er avgitt i anledning straffesaken, tillater straffeprosessloven opplesning av forklaringer overfor forvaltning, politi og domstol, men bare fra de deler som tiltalte nekter å forklare seg om. I så fall gjelder opplesningsadgangen hele forklaringskjeden fra etterforskning via tingrett, og opplesningsadgangen er ubegrenset for forklaringer med tilknytning til en annen straffesak.

Høyesterett legger avgjørende vekt på at forklaringer som er avgitt til forvaltningen også må anses for å være avgitt i anledning en eventuell straffesak som blir utløst av forvaltningssaken. Men Høyesterett har kommet til denne forståelsen av straffeprosessloven på bakgrunn av vernet mot selvinkriminering i EMK og EMD, til tross for at det i den gjengitte praksis fra EMD kan synes som om EMD er av en noe annen oppfatning enn Høyesterett. Så vidt jeg kan se legger EMD til grunn at forklaringene som

er avgitt til forvaltningen i en forvaltningssak som avstedkommer en straffesak ikke kan anses for å være avgitt i tilknytning til straffesaken. I så måte mener jeg at EMD tolker EMK art. 6 nr. 1 slik at vernet mot selvinkriminering også omfatter forklaringene fra den utløsende forvaltningssaken. Men som nevnt kan det se ut som Høyesterett har veid straffeprosessloven mot EMK og praksis fra EMD og har kommet til at loven også på dette punkt er forenlig med konvensjonen. Forarbeidene til to-instansreformen viser at Stortinget som lovgiver også forutsetter at straffeprosessloven fullt ut er forenlig med EMK. Stortingets og Høyesteretts syn på straffeprosessloven veier naturligvis betydelig mer enn mine slutninger fra EMDs praksis og jeg bygger følgelig på oppfatningen til Høyesterett. Dermed styrer forklaringer som er avgitt til forvaltningen klar av konvensjonsvernet og det kan leses opp fra dem i en etterfølgende straffesak. Slike forklaringer kan brukes til å konfrontere tiltalte med avvik mellom hans muntlige forklaringer i retten og forklaringene hans overfor forvaltningen. Men det kan ikke leses opp fra forklaringer dersom de er tilveiebrakt ved bevisprovokasjon.

Tatt i betraktning at rettskildematerialet i oppgaven trolig gir et noe tilfeldig bilde av rettsregelen, begrenser jeg oppsummeringen og konklusjonen fra slutningene til følgende *hovedregel* om opplesningsadgangen når tiltalte nekter å forklare seg:

Når tiltalte nekter å forklare seg for retten kan det på følgende vilkår leses opp fra hans forklaringer overfor forvaltning, politi og domstol: Forklaringene må være avgitt i tilknytning til straffesaken og en eventuell opplesningsadgang gjelder alle tiltaltes forklaringer. Prosessen må i tillegg være rettfærdig slik at tiltaltes vern mot selvinkriminering blir respektert ved at han er fritatt fra å forklare seg belastende. Bevisvekten av de oppleste forklaringene er i alle tilfelle begrenset.

5 Skrankene for opplesningsadgangen når møtende *vitner* nekter å forklare seg

5.1 Skrankene ifølge EMK

Rettsgrunnlaget er EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 d, og for problemstillingen i dette kapittel er de relevante delene av ordlyden følgende:

”Art 6. Right to a fair trial

1. In the determination of [...] any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair [...] hearing [...]

3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:
[...]

d. to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;”

Oppbyggingen av bestemmelsene forteller at art. 6 nr. 3 d er en presisering av det nærmere innholdet i art. 6 nr. 1. Derfor er formålet med art. 6 nr. 3 d tilsvarende omfattende som formålet med art. 6 nr. 1, slik jeg redegjorde for foran i kapittel 4.1. Følgelig tolkes art. 6 nr. 3 d også formålsorientert og vidtrekkende. Av sitatet fremgår det at den som er straffesiktet har rett til kontradiksjon ved å eksaminere eller la eksaminere vitner mot ham og ved på samme vilkår å få innkalt og eksaminert vitner på hans vegne. Bestemmelsen reflekterer dermed partslikhetsprinsippet som også blir betegnet som prinsippet om ”equality of arms”, og det er i utgangspunktet ment å sikre tiltalte og påtalemyndigheten like rettigheter under prosessen. En annen sak er det at påtalemyndigheten under etterforskningen frem til hovedforhandlingen har en del fordeler i forhold til tiltalte, den har for eksempel et ”mentalt” overtak allerede når den utpeker noen som mistenkt. Men bestemmelsen omfatter etter ordlyden bare umiddelbar bevisførsel og ikke opplesning av forklaringer fra tidligere stadier av saken.

5.2 Skrankene ifølge EMD

5.2.1 Innledning

Avgjørelsene fra EMD er ment å illustrere hvordan EMD tolker de begrensningene i opplesningsadgangen som følger av EMK art. 6 nr.1 og art. 6 nr. 3 d.

5.2.2 Unterpertinger-dommen⁷⁷

Unterpertinger var dømt for å ha påført sin ekskone og stedatter legemsskader, men på grunn av fritak fra vitneplikten nektet de to å forklare seg for retten. Derfor ble istedenfor politiforklaringene deres lest opp.

EMD poengterte at rettssikkerhetsgarantiene i art. 6 nr. 3 d er spesielle sider ved art. 6 nr. 1 og at bestemmelsene derfor må tolkes i sammenheng. Følgelig var det ikke tilstrekkelig at Unterpertinger kunne kommentere politiforklaringene da de ble lest opp når han ikke også fikk føre motbevis, herunder flere vitner.⁷⁸ Det som var utslagsgivende for EMD var at den østerrikske ankeinstans feilaktig hadde bedømt politiforklaringene som sannhetsbevis istedenfor som informasjon, og i tillegg hadde den basert domfellelsen hovedsakelig på disse forklaringene. På denne bakgrunn hadde Unterpertingers rett til forsvar blitt betraktelig begrenset.⁷⁹

Kommisjonen konkluderte med at verken art. 6 nr. 1 eller art. 6 nr. 3 d var krenket, men i begge tilfeller var Kommisjonen delt omtrent på midten (henholdsvis 5-4 og 5-5).⁸⁰ Derimot fant EMD enstemmig (7-0) krenkelse av begge bestemmelsene.

Dommen forteller etter mitt skjønn at oppleste politiforklaringer må vurderes som andre bevis og bevisvekten på bakgrunn av det øvrige bevisbildet. Derimot syns Hov å mene at Unterpertinger-dommen uansett stenger for bruken av oppleste forklaringer som fellende bevis når vitner som er til stede i retten og ikke har forklaringsplikt nekter å forklare seg.⁸¹ Dertil fremgår det av dommen at tiltalte eller forsvareren både må få

⁷⁷ EMDs dom av 24. november 1986, sak nr. 9120/80, Unterpertinger mot Østerrike, forkortet Unterpertinger-dommen.

⁷⁸ Unterpertinger-dommen paragraf 21 og 32.

⁷⁹ Unterpertinger-dommen paragraf 33.

⁸⁰ I det første tilfellet avstod ett medlem av Kommisjonen fra å stemme, mens dobbeltstemmen til presidenten for Kommisjonen avgjorde stemmeutfallet i det andre tilfellet. Unterpertinger-dommen paragraf 26.

⁸¹ Hov, Jo. *Innføring i prosess*. Bind II. Papinian forlag 2010, forkortet Hov (2010) Bind II, s. 764.

eksaminere aktorats vitner og må få føre vitner for tiltalte. Omvendt tolket tilsier dommen at opplesning ikke er utelukket når de nevnte vilkårene er oppfylt.

5.2.3 Peltonen-avgjørelsen

Peltonen var dømt for grov narkotikaforbrytelse hovedsakelig på grunnlag av oppleste politiforklaringer fra en medtiltalt som var til stede i retten, men nektet å forklare seg. EMD fant klagen grunnløs og fattet derfor enstemmig (9-0) vedtak om å avvise saken istedenfor å realitetsbehandle den.

EMD la til grunn at tiltalte eller forsvareren i løpet av saken har krav på en tilstrekkelig og egnet mulighet til å imøtegå og spørre ut vitner mot ham. Under hovedforhandlingen var eksaminasjonen tilsynelatende mer formell enn reell fordi vitnet nektet å svare på spørsmålene fra forsvareren. Imidlertid var eksaminasjonen neppe forgjeves ettersom vitnets forklaringsvegring kan ha kastet lys over dets troverdighet, og det kan heller ikke utelukkes at vitnet allikevel hadde villet svare på enkelte av spørsmålene. EMD konstaterte at de finske domstolene verken hadde opptrådt vilkårlig eller på annet vis hadde overskredet sin skjønnsmessige kompetanse da de vurderte politiforklaringene som troverdige og baserte domfellelsen på forklaringene.⁸² Avgjørende for EMD var det at forsvareren ikke hadde benyttet anledningen til å krysseksaminere vitnet på tidligere trinn av saken, og det forelå følgelig verken brudd på partslikhetsprinsippet eller vilkåret om eksaminasjonsadgang.⁸³ Det syns også å ha vært utslagsgivende for EMD at forsvareren kunne stille spørsmål direkte til vitnet som hadde avgitt de omtvistete forklaringene.⁸⁴

Det følger av avgjørelsen at på vilkår av kontradiksjon kan oppleste forklaringer brukes som fellende bevis, men at retten til kontradiksjon forutsetter at tiltalte eller forsvareren ”i løpet av saken” har fått ”en tilstrekkelig og egnet mulighet” til å konfrontere vitner med andre bevis. Det fremgår videre at denne retten for tiltalte til å krysseksaminere vitner innebærer at tiltalte eller forsvareren må ha kunnet stille spørsmål direkte til vitnene,

⁸² Peltonen-avgjørelsen s.7-8.

⁸³ Peltonen-avgjørelsen s.7.

⁸⁴ Peltonen-avgjørelsen s.7.

men at vitners forklaringsvegring ikke er til hinder for at de nettopp nevnte vilkårene er oppfylt.

5.2.4 Luca-dommen⁸⁵

Luca var dømt for narkotikahandel utelukkende på basis av oppleste forklaringer som en medtiltalt hadde avgitt til politiet og en forhørsrettsdommer.⁸⁶ Imidlertid fikk verken tiltalte eller forsvareren på noe tidspunkt av prosessen krysseksaminere den medtiltale.⁸⁷ Så vidt jeg forstår Kjelby tolker han imidlertid dommen noe annerledes fordi han legger vekt på at det ikke fremgår klart av faktum hvorvidt Luca eller forsvareren ble gitt mulighet til å eksaminere vitnet og om de i tilfelle benyttet seg av denne muligheten.⁸⁸

Den italienske konstitusjonsdomstolen la til grunn at dagjeldende italiensk straffeprosesslov var forenlig med den italienske forfatningen når den tillot opplest forklaringer fra etterforskningsstadiet uten hensyn til om tiltaltes rett til kontradiksjon ifølge EMK art. 6 var ivaretatt under prosessen.⁸⁹ Følgelig anførte påtalemyndigheten at bevisførselen var lovlig når trusler mot vitnet fra tiltalte var årsaken til at vitnet ikke ville forklare seg.⁹⁰ På vilkår av kontradiksjon under saksgangen utelukket ikke EMD at denne innsigelsen kunne aksepteres.⁹¹ Men det var ikke forenlig med EMK art. 6 nr. 3 d at italiensk lov fratok både Luca og forsvareren retten til kontradiksjon slik at de ikke på noe trinn av saken fikk krysseksaminert vitnet.⁹² Med henvisning til Saunders-dommen anførte påtalemyndigheten også at vernet mot selvinkriminering for den medtiltalte gikk foran retten for Luca til å krysseksaminere ham.⁹³ Til denne anførselen påpekte EMD at vitnebegrepet i EMK er autonomt og at den italienske anke-domstolen derfor feilaktig hadde

⁸⁵ EMDs dom av 27. februar 2001, sak nr. 33354/96, Luca mot Italia, forkortet Luca-dommen.

⁸⁶ Luca-dommen paragraf 10-11 og paragraf 43.

⁸⁷ Luca-dommen paragraf 43.

⁸⁸ Kjelby, Gert Johan. Opplesning av tidligere avgitte forklaringer fra en medskyldig – er det en menneskerettighet å få eksaminere den eller de man er siktet eller tiltalt for å ha begått et straffbart forhold sammen med? I: Nybrott og odling. *Festskrift til Nils Nygaard*. Fagbokforlaget 2002, s. 550.

⁸⁹ Luca-dommen paragraf 26.

⁹⁰ Luca-dommen paragraf 35. Se også anbefaling av 10. september 1997 fra ministerkomiteen i Europarådet, Recommendation R (97) 13, appendikset punkt 9.

⁹¹ Luca-dommen paragraf 40.

⁹² Luca-dommen paragraf 42.

⁹³ Luca-dommen paragraf 33.

tolket EMK slik at den medtiltalte ikke var vitne.⁹⁴ Samtidig gav EMD uttrykk for at tiltaltes krav på kontradiksjon går foran en medtiltalts vern mot selvinkriminering.⁹⁵ Det som var utslagsgivende for EMD var bevisvekten av de oppleste forklaringene sett i sammenheng med tiltaltes mangel på kontradiksjon.⁹⁶

EMD konstaterte enstemmig (7-0) krenkelse av art. 6 nr. 1 og nr. 3 d.

Antitetisk tolket følger det av dommen at på vilkår av kontradiksjon for tiltalte kan en domfellelse baseres utelukkende på oppleste politiforklaringer eller rettslige forklaringer fra etterforskningsstadiet. Men retten til kontradiksjon forutsetter i så fall at tiltalte eller forsvareren i løpet av saken må få en adekvat og passende anledning til å imøtegå vitneutsagn mot tiltalte.⁹⁷

5.2.5 Kaste-Mathisen-dommen⁹⁸

Utgangspunktet for denne avgjørelsen fra EMD var Rt. 2004 s. 97 som blir omtalt under kapittel 5.4.4. nedenfor.

Kaste og Mathisen var dømt for grov narkotikaforbrytelse og domfellelsen bygget i avgjørende grad på politiforklaringene fra en medtiltalt som nektet å forklare seg for retten med den følge at forklaringene ble lest opp. Sakene vedrørende de tre var forent med ytterligere saker til felles behandling, men på grunn av det autonome vitnebegrepet i EMK var det irrelevant at vitnet var en medtiltalt i en forent straffesak. Lagmannsretten bygget imidlertid uriktig på at den medtiltalte ikke var vitne i forhold til EMK.⁹⁹

Verken forut for opplesningen i lagmannsretten eller etterpå fikk de tiltalte ved forsvarerne på noe tidspunkt mulighet til å imøtegå vitneutsagnene. Derfor henvendte den ene forsvareren seg til rettsformannen med en begrunnet anmodning om å få stille spørsmål direkte til vitnet, men denne forespørselen ble avslått.¹⁰⁰ I tillegg intervenerte rettsformannen også på andre måter feilaktig i prosessen ved å agere som mellommann

⁹⁴ Luca-dommen paragraf 41.

⁹⁵ Luca-dommen paragraf 41.

⁹⁶ Luca-dommen paragraf 43.

⁹⁷ Luca-dommen paragraf 43-44.

⁹⁸ EMDs dom av 9. november 2006, sak nr. 18885/04 og sak nr. 21166/04, Kaste og Mathisen mot Norge, forkortet Kaste-Mathisen-dommen.

⁹⁹ Kaste-Mathisen-dommen paragraf 53.

¹⁰⁰ Kaste-Mathisen-dommen paragraf 51.

mellom forsvareren og vitnet og forhindret derved forsvareren fra å konfrontere vitnet med andre bevis.¹⁰¹ Tiltaltes rett til kontradiksjon ble følgelig heller ikke oppfylt ved at rettsformannen spurte vitnet om han likevel ønsket å forklare seg helt eller delvis.¹⁰²

Antitetisk tolket innebærer domspremissene at vilkåret om kontradiksjon for tiltalte kunne vært tilfredsstilt dersom forsvareren hadde fått stille konkrete spørsmål til vitnet, selv om vitnet nektet å svare. Det skinner igjennom i domsbegrunnelsen at EMD trolig har lagt vekt på muligheten av at vitnet likevel kunne tenkes å ville svare på enkelte av spørsmålene fra forsvareren.¹⁰³ Denne situasjonen ville ikke vært uforenlig med vernet mot selvinkriminering.¹⁰⁴ Utslagsgivende for EMD var det at politiforklaringene hadde tjent som fellende bevis samtidig som de tiltalte ble avskåret fra sin rett til kontradiksjon på ethvert trinn av saken.¹⁰⁵ Følgelig konstaterte EMD enstemmig (7-0) krenkelse av art. 6 nr. 1 og nr. 3 d.

Dommen forteller at det er en forutsetning for tiltaltes krav på å krysseksaminere aktorats vitner at tiltalte eller forsvareren får stille oppklarende spørsmål direkte til vitnet, og at det er uten betydning om vitnet nekter å svare på spørsmålene. Dersom denne forutsetningen ikke er oppfylt er det i alle fall utelukket å bygge en domfellelse hovedsakelig på oppleste politiforklaringer. Det fremkommer i tillegg av dommen at tiltaltes rett til kontradiksjon har forrang fremfor vitnets vern mot selvinkriminering og at retten til kontradiksjon må bli oppfylt senest etter at forklaringene er opplest.

5.2.6 Slutninger fra EMDs praksis

De fire avgjørelsene fra EMD bygger i det vesentlige på samme rettssetninger, og de er alle sammen enstemmige. De er dessuten avsagt over en periode på 20 år i tillegg til at den siste avgjørelsen er rimelig ”up to date”. Dermed kan en slutte at avgjørelsene har relativt stor prejudikatverdi.

Det følger av avgjørelsene at det er adgang til å lese opp fra politiforklaringer og rettslige forklaringer på visse vilkår. Forutsetningene er at tiltalte eller forsvareren i løpet

¹⁰¹ Kaste-Mathisen-dommen paragraf 51.

¹⁰² Kaste-Mathisen-dommen paragraf 52.

¹⁰³ Kaste-Mathisen-dommen paragraf 50.

¹⁰⁴ Kaste-Mathisen-dommen paragraf 53.

¹⁰⁵ Kaste-Mathisen-dommen paragraf 50, 51 og 53.

av saken har fått en tilstrekkelig og egnet mulighet til å imøtegå viteutsagnene og stille oppklarende spørsmål direkte til vitnet, senest etter at forklaringene er lest opp. I tillegg er det et vilkår at tiltalte har kunnet føre sine vitner. Det er uten betydning om vitnet nekter å besvare spørsmålene og det er heller ikke avgjørende om forklaringene stammer fra en medtiltalt. Tiltaltes krav på kontradiksjon går foran vitnets vern mot selvinkriminering. Bevisvekten er relativ og avhengig av øvrige bevismidler, men politiforklaringene kan være avgjørende eller hovedsakelig bevis for domfellelse dersom forutsetningene om kontradiksjon er oppfylt.

5.3 Skrankene ifølge straffeprosessloven

Det er hjemmel for å lese opp fra møtende vitners forklaringer i strpl § 296, og av relevans for problemstillingen er følgende del fra ordlyden:

”Vitner som kan gi forklaring som kan antas å være av betydning for saken, bør avhøres muntlig under hovedforhandlingen såfremt ikke særegne forhold er til hinder for det.

Ved avhøret kan gjengivelse i rettsbok eller politirapport av forklaring som vitnet tidligere har gitt i saken, bare leses opp [...] når det gjelder punkter som vitnet nekter å uttale seg om eller erklærer at det ikke husker. Det samme gjelder skriftlig erklæring som vitnet tidligere har gitt i anledning av saken.”

Av ordlyden i første ledd følger det at bestemmelsen gjelder vitner og at muntlighetsprinsippet er hovedregelen under hovedforhandlingen. Men ordet ”bør” åpner for unntak fra hovedregelen og gir domstolen diskresjonær kompetanse til på vilkår av ”særegne forhold” å fravike muntlighetsprinsippet.¹⁰⁶ Det fremgår ikke av ordlyden hva slags særegne forhold bestemmelsen omfatter.

På unntak av vitner istedenfor tiltalte er den relevante ordlyden i strpl § 296 annet ledd såpass lik ordlyden i strpl § 290 at jeg viser til drøftelsen foran i kapittel 4.3 for ytterligere slutninger fra ordlyden i strpl § 296 annet ledd.

Ut fra konteksten til strpl § 296 er det flere bestemmelser som taler mot opplesning. Det gjelder så vel muntlighetsprinsippet i strpl §§ 278, 290 og 297 som vitners

¹⁰⁶ Bjerke, Hans Kristian og Erik Keiserud. *Straffeprosessloven. Kommentartutgave*. Bind II. Universitetsforlaget 2001, forkortet Bjerke/Keiserud (2001) Bind II, s. 1025.

forklaringsplikt i strpl § 133 og vitners straffansvar for falsk forklaring i strl § 163. På den annen side taler hensynene til vitnene i strpl §§ 122 og 123 samt hensynet til sakens opplysning i strpl § 294 for opplesning.

Poenget med to-instansreformen vedrørende strpl § 296 var det samme som for strpl § 290, nemlig å utvide opplesningsadgangen til å favne hele forklaringskjeden på alle trinn av saken. For nærmere om slutningene fra forarbeidene viser jeg derfor også her til drøftelsen ovenfor i kapittel 4.3.

5.4 Skrankene ifølge høyesterettspraksis

5.4.1 Innledning

Utvalget av høyesterettspraksis er ment å vise hvordan Høyesterett tolker begrensningene i opplesningsadgangen som følger av strpl § 296 på bakgrunn av EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 d og de avgjørelsene fra EMD som er gjengitt ovenfor i kapittelet. Dertil reflekterer den utvalgte høyesterettspraksis forandringen i rettsutviklingen etter at EMK og EMD ble påberopt mer aktivt av forsvarerne.

5.4.2 Rt. 1994 s. 1324 (Flydroppsaken)

Saken gjelder grov narkotikaforbrytelse der oppleste politiforklaringer fra fire vitner var avgjørende bevis.¹⁰⁷ Vitnene hadde ikke fått sine saker pådømt og i henhold til straffeprosessloven § 123 første ledd 1. punktum hadde de rett til ikke å forklare seg for ikke å belaste seg selv. Høyesterett påpekte at retten til krysseksaminasjon av vitner er sentralt for tiltaltes rettssikkerhet.¹⁰⁸ Imidlertid åpner straffeprosessloven for enkelte unntak fra hovedregelen om muntlig og umiddelbar bevisførsel.¹⁰⁹ Men Høyesterett innfortolket et vilkår om forsvarlighet og forholdsmessighet ved vurderingen av opplesningsadgangen etter straffeprosessloven § 296 annet ledd 1. punktum.¹¹⁰ Det gjorde retten på bakgrunn av § 297 første ledd 1. punktum og rettens forståelse av denne bestemmelsen.¹¹¹ Denne

¹⁰⁷ Rt. 1994 s. 1324 på s. 1326-1327.

¹⁰⁸ Rt. 1994 s. 1324 på s. 1326.

¹⁰⁹ Rt. 1994 s. 1324 på s. 1326.

¹¹⁰ Rt. 1994 s. 1324 på s. 1327

¹¹¹ Rt. 1994 s. 1324 på s. 1326 og Rt. 1990 s. 312 på s. 314 og s. 316.

fortolkningen ble i tillegg underbygget av EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 d som tolkingsfaktor.¹¹² Verken de tiltalte eller forsvarerne fikk på noe trinn av saken mulighet til å krysseksaminere vitnene. I tillegg mente Høyesterett at sakene i dette konkrete tilfellet burde vært forent til felles behandling. Retten påpekte også at opplesningsadgangen uansett er snever dersom det er mulig å føre beviset på annen måte.¹¹³ Under forsvarlighets- og forholdsmessighetsvurderingen etter strpl § 296 annet ledd 1. punktum var disse tre sistnevnte momenter avgjørende for at de oppleste politiforklaringene skulle vært avskåret som bevis.¹¹⁴

5.4.3 Rt. 2003 s. 1808

Dommen gjelder spørsmålet om det er riktig å nekte opplesning av politiforklaringer fra et vitne som vil få sin sak vedrørende samme straffbare forhold pådømt senere. Også i denne saken benyttet vitnet sin rett etter straffeprosessloven § 123 til ikke å forklare seg for ikke å belaste seg selv. Dersom forklaringene derimot hadde vært tillatt opplest hadde de vært avgjørende eller sentrale bevis.¹¹⁵ Det avgjørende kriteriet for å tillate opplesning når de oppleste forklaringene innebærer det eneste eller avgjørende beviset er at rettergangen etter en totalvurdering er rettferdig. Da er det et vilkår at tiltalte eller forsvareren "[...] har fått en passende og tilstrekkelig anledning til å imøtegå og stille spørsmål til vitnet enten da forklaringen ble avgitt, eller på et senere stadium av forfølgningen [...]".¹¹⁶ Høyesterett viste her til praksis fra EMD.¹¹⁷ Dernest påpekte Høyesterett at EMK art. 6 nr. 3 d er begrunnet i partslikhetsprinsippet. Det er derfor ikke nødvendig at vitnet svarer på eventuelle spørsmål bare tiltalte eller forsvareren under prosessen har fått mulighet til å krysseksaminere vitnet. Også på dette punkt viste retten til praksis fra EMD. Høyesterett tolket dessuten Rt. 1994 s. 1324 (Flydroppsaken) innskrenkende slik at det generelt sett heller ikke er avgjørende for opplesningsadgangen hvorvidt straffesakene er forent eller

¹¹² Rt. 1994 s. 1324 på s. 1327.

¹¹³ Rt. 1994 s. 1324 på s. 1328 og Rt. 1992 s. 792 på s. 795.

¹¹⁴ Rt. 1994 s. 1324 på s. 1327-1328.

¹¹⁵ Rt. 2003 s. 1808 avsnitt 15.

¹¹⁶ Rt. 2003 s. 1808 avsnitt 17.

¹¹⁷ Rt. 2003 s. 1808 avsnitt 17.

ikke.¹¹⁸ Følgelig kom Høyesterett enstemmig til at det var en saksbehandlingsfeil at forklaringene ikke ble tillatt opplest.¹¹⁹

5.4.4 Rt. 2004 s.97 (Kaste og Mathisen)

Denne saken ble som nevnt brakt inn for EMD slik det fremgår av kapittel 5.2.5 foran. Dommen angår grov narkotikaforbrytelse der oppleste politiforklaringer fra en medtiltalt var blant bevisene. Fordi sakene var forent til felles behandling hadde den medtiltalte som vitne rett til ikke å forklare seg. Høyesterett fremholdt tiltaltes krav på krysseksaminasjon av vitner som en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti for tiltalte.¹²⁰ Deretter betonte retten betydningen av at det ikke kunne utelukkes at det omtvistete beviset hadde vært avgjørende:

”[...] I tidligere praksis har problemstillingen vært om en fellende dom ’hovedsakelig’ vil måtte bygge på de forklaringer det er spørsmål om å lese opp [...] I dommen i Rt-2001-29, hvor opplesning av vitnets politiforklaring ledet til at lagmannsrettens dom ble opphevet, uttalte førstvoterende at det var en ’reell mulighet for at opplesningen av Ds politiforklaring har hatt en utslagsgivende betydning i den samlede bevisbedømmelse, og at den således fremstilte seg som et viktig og kanskje nødvendig bevis’. Jeg bygger på den presisering - og antagelig modifikasjon - i vurderingstemaet som fremgår av avgjørelsen i Rt-2001-29.”¹²¹

Sitatet viser at det tidligere var spørsmål om oppleste politiforklaringer var det hovedsakelige bevis i motsetning til utslagsgivende bevis som nå, og det skulle øyensynlig noe mindre til enn før for at en politiforklaring ikke kunne leses opp for retten.¹²² Retten viste videre til praksis fra EMD der det fremgår at EMD tolker vitnebegrepet i EMK autonomt.¹²³ Det er nødvendig for at ikke konvensjonsstatene skal omgå tiltaltes krav på rettferdig rettergang og krysseksaminasjon av vitner ved å bygge på formaliteter fremfor realiteter. Høyesterett påpekte så at lagmannsretten feilaktig la til grunn at den medtiltalte

¹¹⁸ Rt. 2003 s. 1808 avsnitt 23.

¹¹⁹ Rt. 2003 s. 1808 avsnitt 25-31.

¹²⁰ Rt. 2004 s. 97 avsnitt 16.

¹²¹ Rt. 2004 s. 97 avsnitt 17.

¹²² Rt. 2004 s. 97 avsnitt 17.

¹²³ Rt. 2004 s. 97 avsnitt 18.

ikke var vitne i relasjon til tiltalte.¹²⁴ Høyesterett la som nevnt til grunn den normen for opplesningsadgangen som ble oppstilt i dommen fra 2001 og retten antok altså at denne normen var noe strengere enn den som det tidligere ble bygget på.¹²⁵ Som i forannevnte sak presiserte retten igjen at det ikke er avgjørende for krysseksaminasjonen hvorvidt vitnet faktisk svarer på spørsmålene.¹²⁶ Etter en helhetsvurdering kom Høyesterett derfor til at den omtvistete opplesningen likevel ikke var en utslagsgivende saksbehandlingsfeil.¹²⁷ Da saken vedrørende Kaste og Mathisen senere ble behandlet av EMD, var EMD derimot uenig i Høyesteretts konklusjon og fant følgelig at EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 d *var krenket*.¹²⁸ Det skyldtes som sagt at rettsformannen i lagmannsretten feilaktig intervenerte i prosessen slik at den ene forsvareren ble fullstendig forhindret fra å stille spørsmål til vitnet.¹²⁹ Rettsformannen påtok seg rollen som mellommann mellom vitnet og forsvareren.

5.4.5 Rt. 2004 s. 1789

Kjennelsen omhandler et tilfelle der vitnene møtte men ble dimittert fordi de ikke ville forklare seg. Fire personer var dømt for grov, respektive alminnelig narkotikaforbrytelse. Det var spørsmål om hvilken bevisverdi en rettslig forklaring og en politiforklaring fra de dimitterte vitnene hadde hatt. Høyesterett fastslo først at det rettslige grunnlaget var straffeprosessloven § 296 og ikke § 297.¹³⁰ Opplesningsadgangen ble dermed vurdert som om vitnene var til stede i retten. Høyesterett pekte på skrankene i EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 d ved tolkingen av straffeprosessloven § 296.¹³¹ For EMD er vurderingstemaet etter disse konvensjonsbestemmelsene om tiltaltes krav på kontradiksjon er ivarettatt når oppleste politiforklaringer er det eneste eller avgjørende beviset for domfellelse.¹³² Derfor viste Høyesterett også til praksis fra EMD.¹³³ Derneft konstaterte retten at den frem til Rt. 2001

¹²⁴ Rt. 2004 s. 97 avsnitt 20.

¹²⁵ Rt. 2004 s. 97 avsnitt 24 og 25.

¹²⁶ Rt. 2004 s. 97 avsnitt 27 og 28.

¹²⁷ Rt. 2004 s. 97 avsnitt 29, 30, 33 og 34.

¹²⁸ Omtalt her under kapittel 5.2.5.

¹²⁹ Rt. 2004 s. 97 avsnitt 13 og 16.

¹³⁰ Rt. 2004 s. 1789 avsnitt 15.

¹³¹ Rt. 2004 s. 1789 avsnitt 15.

¹³² Rt. 2004 s. 1789 avsnitt 15.

¹³³ Rt. 2004 s. 1789 avsnitt 16.

s. 29 hadde formulert vurderingsnormen tilsvarende.¹³⁴ I en periode etter denne avgjørelsen hadde den derimot formulert normen for å tillate opplesning av politiforklaringer, hensett til bevisvekten, noe annerledes.¹³⁵ Så uttalte førstvoterende:

”Jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet om hvorvidt den endrede måten å formulere vilkårene for å lese opp forklaringer er uttrykk for et endret syn på hvilke krav som gjelder. Avgjørende for meg er at § 296 ikke selv stiller opp begrensninger i adgangen til å lese opp forklaringer når et vitne nekter å forklare seg. Jeg finner derfor ikke rettskildemessig grunnlag for å tolke inn strengere begrensninger enn dem som følger av EMK artikkel 6 nr. 1 sammenholdt med nr. 3 d, slik begrensningene er forstått av EMD. Og det er ikke noe i de nevnte avgjørelser som tyder på at Høyesterett har ment å legge til grunn strengere krav enn EMD har stilt opp.”¹³⁶

Jeg oppfatter sitatet som et *ratio decidendi* som gir uttrykk for hvordan de tidligere avgjørelsene av Høyesterett *burde* vært begrunnet. Så vidt meg bekjent er formuleringen av kriteriet for opplesningsadgangen slik førstvoterende uttrykker det fulgt opp i senere høyesterettspraksis.¹³⁷ Denne prinsipielle siden ved kjennelsen er etter mitt skjønn det mest interessante trekket ved den i vår sammenheng. For øvrig konstaterte retten at domfellelsen ikke bare eller i avgjørende grad var basert på de omtvistete bevisene.¹³⁸ Følgelig var opplesningen i orden i henhold til straffeprosessloven § 296 tolket i lys av det aktuelle konvensjonsvernet i EMK.

5.4.6 Rt. 2004 s.1974

Den delen av avgjørelsen som er en kjennelse angår saksbehandlingsanknen fra fire av i alt seks tiltalte i forente straffesaker. To av de fire tiltalte ble domfelt på grunnlag av oppleste forklaringer som en av de medtiltalte hadde avgitt under etterforskningen. Fem av syv forklaringer var politiforklaringer og de to øvrige var rettslige forklaringer. Høyesterett resonnerer på flere punkter som i de foregående avgjørelsene. En domfellelse kan som nevnt baseres utelukkende eller i avgjørende grad på oppleste forklaringer, men i så fall er

¹³⁴ Rt. 2004 s. 1789 avsnitt 17 og 18.

¹³⁵ Rt. 2004 s. 1789 avsnitt 18 og 19.

¹³⁶ Rt. 2004 s. 1789 avsnitt 20.

¹³⁷ Rt. 2004 s. 1974 avsnitt 20 og Rt. 2006 s. 120 avsnitt 22.

¹³⁸ Rt. 2004 s. 1789 avsnitt 21 og 22.

det et vilkår at tiltaltes krav på krysseksaminasjon av vitnet er ivaretatt i løpet av prosessen.¹³⁹ Tiltalte eller forsvareren må ha fått ”en passende og tilstrekkelig anledning til å imøtegå og stille spørsmål til vitnet”.¹⁴⁰ Der Høyesterett konstaterte dette viste retten blant annet til praksis fra EMD. Det at vitnet nekter å svare på spørsmålene er ikke til hinder for at adgangen til krysseksaminasjon anses for ivaretatt. Også på dette punkt viste Høyesterett til praksis fra EMD. Videre er det etter EMK art. 6 nr. 1 en forutsetning for opplesningsadgangen at rettergangen etter en totalvurdering fremstår som rettferdig.¹⁴¹ Høyesterett kom til at de tiltaltes krav på å krysseksaminere vitnet var tilgodesett.¹⁴² Det var heller ingen holdepunkter for at vitnets psykiske tilstand hadde påvirket innholdet av forklaringene slik at de derfor ikke skulle vært lest opp.¹⁴³ Med hensyn til kravet på rettferdig rettergang var det kurant at sakene ble forent til felles behandling.¹⁴⁴ Det var heller ikke i strid med dette kravet at forklaringene ble lest opp før den øvrige bevisførsel var avsluttet.¹⁴⁵ Trusler mot vitnet er generelt et viktig mothensyn i forhold til tiltaltes krav på krysseksaminasjon, og i slike tilfeller kan opplesningsadgangen bli utvidet. Det fremkommer fra behandlingen i lagmannsretten med videre henvisning til en tidligere kjennelse av Høyesterett.¹⁴⁶ I foreliggende tilfelle hadde imidlertid spørsmålet liten relevans. Følgelig konkluderte retten med at prosessen summa summarum var rettferdig.¹⁴⁷

5.4.7 Slutninger fra høyesterettspraksis

Praksis fra Høyesterett er fire kjennelser og en kjennelse i kombinasjon med dom, men hvor det i sistnevnte tilfelle er kjennelsen som er relevant for opplesningsadgangen. I det følgende refererer jeg derfor til avgjørelsene bare som kjennelser. De fem kjennelsene er avsagt over en tiårsperiode, og de reflekterer en utvikling i vurderingstemaet som Høyesterett legger til grunn for opplesningsspørsmålet. De to første avgjørelsene bygger på at forklaringene var avgjørende eller sentrale bevis. Men i den samme perioden har

¹³⁹ Rt. 2004 s. 1974 avsnitt 20.

¹⁴⁰ Rt. 2004 s. 1974 avsnitt 12.

¹⁴¹ Rt. 2004 s. 1974 avsnitt 14.

¹⁴² Rt. 2004 s. 1974 avsnitt 22 og 23.

¹⁴³ Rt. 2004 s. 1974 avsnitt 27-29.

¹⁴⁴ Rt. 2004 s. 1974 avsnitt 31.

¹⁴⁵ Rt. 2004 s. 1974 avsnitt 32-34.

¹⁴⁶ Rt. 2004 s. 1974 avsnitt 35-37.

¹⁴⁷ Rt. 2004 s. 1974 avsnitt 38.

Høyesterett også formulert vilkåret som om forklaringene hadde vært det hovedsakelige beviset.¹⁴⁸ Og i den tredje kjennelsen vedrørende Kaste og Mathiesen *viste* Høyesterett til at vilkåret tidligere var om en dom ”hovedsakelig” bygget på oppleste forklaringer, samtidig som retten nå presiserte vilkåret for opplesning til et spørsmål om beviset hadde vært ”utslagsgivende”.¹⁴⁹ Det har også vært hevdet i teorien at Høyesterett ”i en rekke saker [tok] utgangspunkt i kriteriet det ’hovedsakelige bevis’.”¹⁵⁰ Så vidt jeg kan se stemmer ikke mitt utvalg av høyesterettspraksis helt med denne teorien, men som nevnt legger Høyesterett selv til grunn det samme synspunktet som teorien, og Høyesteretts syn er naturligvis avgjørende. Det ble dermed i en periode tilsynelatende oppstilt en noe strengere norm slik at det skulle mindre til enn tidligere før opplesningsadgangen var stengt. Derimot la Høyesterett i den fjerde kjennelsen på nytt til grunn et kriterium som kan virke litt mindre strengt, og retten drøftet kriteriet prinsipielt på bakgrunn av EMK og praksis fra EMD. Det ble presisert at vilkåret både tidligere og i denne kjennelsen harmonerer med EMK og EMD og vilkåret ble beskrevet som om domfellelsen ”bare eller i avgjørende grad” var basert på de oppleste forklaringene. Samtidig påpekte Høyesterett at det i rettens tidligere praksis ikke var noen realitetsforskjell mellom de ulike formuleringene. Personlig er jeg enig i at det innholdsmessig neppe spiller noen større rolle om den ene eller andre formuleringen blir brukt. Den siste kjennelsen følger opp synspunktet og bruker kriteriet ”utelukkende eller i avgjørende grad” om vurderingen av opplesningsadgangen hensett til bevisvekten av forklaringene.¹⁵¹ Etter gjeldende rett er derfor likestilte formuleringer ”bare eller i avgjørende grad” og ”utelukkende eller i avgjørende grad”.

Rettssetningene i den refererte høyesterettspraksis korresponderer dermed på vesentlige punkter mellom avgjørelsene, og de er alle enstemmige og angår følgelig ikke tvilsomme grensespørsmål. Dertil er de fulgt opp i senere praksis, og jeg tilskriver dem således en temmelig stor prejudikatverdi.¹⁵²

Den gjennomgåtte rettspraksis forteller at det i totalvurderingen av om rettergangen var ”fair” er spørsmål om tiltaltes rett til å krysseksaminere vitner kan anses for å være

¹⁴⁸ Rt. 1990 s. 312 på s. 315, Rt. 1992 s. 792 på s. 794.

¹⁴⁹ Rt. 2004 s. 97 avsnitt 17.

¹⁵⁰ Se Matningsdal (2007) s. 55

¹⁵¹ Rt. 2004 s. 1974 avsnitt 20.

¹⁵² Rt. 2006 s. 120 avsnitt 22.

tilfredsstillende ivaretatt. Det innebærer at tiltalte eller forsvareren må ha fått en tilstrekkelig og egnet mulighet til å krysseksaminere aktoratets vitner, men det er ikke nødvendig at vitnet svarer på spørsmålene. Og ikke minst viser den refererte høyesterettspraksis at på vilkår av adekvat kontradiksjon for tiltalte kan politiforklaringer og rettslige forklaringer leses opp og domfellelsen bare eller i avgjørende grad baseres på de oppleste forklaringene. Opplesning er derimot avskåret når det er mulig å føre beviset på en alternativ måte, eller dersom vitnets psykiske tilstand er utslagsgivende for innholdet av forklaringene. På den annen side er opplesningsadgangen videre når trusler fra tiltalte eller kretsen rundt ham er årsaken til at vitnet nekter å forklare seg for retten.

5.5 Avveining av rettskildefaktorene

For mine generelle betraktninger om avveiningene viser jeg til kapittel 4.5 ovenfor, men for øvrig er det en grunnleggende forskjell med betydning for avveiningen fra situasjonen angående tiltaltes forklaringer til situasjonen vedrørende vitners forklaringer. Forskjellen er at EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 d verner tiltaltes rettigheter, mens derimot strpl § 296 ivaretar hensynet til vitnene. Konsekvensen for avveiningen er at de to rettsgrunnlagene belyser ulike sider ved rettsregelen og at de ikke av den grunn trekker i forskjellig retning med hensyn til rettsregelen om opplesningsadgangen når møtende vitner nekter å forklare seg i retten. Tvert imot må fragmentene settes sammen til den samlede regelen som ivaretar både hensynet til tiltalte og til vitner. Det er nettopp poenget med menneskerettighetsvernet at det tilfører norsk straffeprosess en ny dimensjon. Som nevnt i forbindelse med to-instansreformen legger dessuten Stortinget til grunn at straffeprosessloven harmonerer med EMK.

EMK oppstiller en uttrykkelig rett for tiltalte til kontradiksjon ved at han kan eksaminere eller la eksaminere vitner mot ham og på samme vilkår føre vitner selv, men art. 6 nr. 1 og nr. 3 d omtaler ikke spesifikt opplesning av tidligere forklaringer fra vitner.

Praksis fra EMD bekrefter imidlertid at det er en opplesningsadgang for forklaringer fra etterforskningsstadiet. Men i så fall er opplesningen betinget av flere vilkår. For det første må rettergangen etter en totalvurdering være ”fair”. Dette vilkåret innebærer at tiltalte må ha fått en tilfredsstillende anledning til å krysseksaminere vitner mot ham ved at han selv eller forsvareren under saksgangen har fått en tilstrekkelig og egnet anledning

til å imøtegå viteutsagnene og stille oppklarende spørsmål direkte vitnet, senest i tilknytning til opplesningen. Dertil har tiltalte krav på å føre vitner til hans fordel. Det er uten betydning om aktoratets vitner nekter å svare på spørsmålene eller om vitnet er en medtiltalt, og tiltaltes rett til kontradiksjon går foran vitners vern mot selvinkriminering. Imidlertid er bevisvekten av de oppleste forklaringene som for andre bevis, men politiforklaringer og rettslige forklaringer kan være avgjørende eller hovedsakelig bevis under forutsetning av at tiltaltes krav på kontradiksjon blir tilfredsstillende ivaretatt.

Ordlyden i straffeprosessloven åpner for opplesning, men det fremgår ikke klart hva som nærmere ligger i vilkåret om ”særegne forhold”. Dertil er det ifølge ordlyden adgang til å lese opp fra samtlige forklaringer som er avgitt i anledning straffesaken, herunder så vel forklaringer overfor forvaltning som overfor politi og domstol. Av forarbeidene fremgår det at en eventuell opplesningsadgang gjelder hele forklaringskjeden.

Høyesterett legger i likhet med EMD til grunn totalvurderingen om ”fair” rettergang, der forutsetningen om tiltaltes rett til å få krysseksaminert vitner mot ham er vesentlig. Videre bygger Høyesterett på at denne forutsetningen innebærer at tiltalte eller forsvareren må få en tilstrekkelig og egnet mulighet til å krysseksaminere aktoratets vitner, men at det er uten betydning om vitnet nekter å svare på spørsmålene. På vilkår av adekvat kontradiksjon for tiltalte kan følgelig politiforklaringer og rettslige forklaringer leses opp og domfellelsen utelukkende eller i avgjørende grad være basert på disse forklaringene. Opplesning er derimot avskåret dersom det er mulig å føre bevisene på en alternativ måte eller når vitnets psykiske tilstand har vært utslagsgivende for forklaringene. Opplesningsadgangen er på den annen side videre når trusler fra tiltalte eller noen som opptrer på hans vegne er årsaken til at vitnet ikke vil forklare seg.

På bakgrunn av det gjennomgåtte rettskildematerialet oppstiller jeg følgende *hovedregel* om opplesningsadgangen når møtende vitner nekter å forklare seg for retten:

Når møtende vitner nekter å forklare seg for retten kan det på følgende vilkår leses opp fra vitnets forklaringer overfor forvaltning, politi og domstol: Forklaringene må være avgitt i tilknytning til straffesaken og en eventuell opplesningsadgang gjelder alle vitnets forklaringer. Prosessen må i tillegg være rettferdig slik at tiltalte eller forsvareren kan imøtegå og spørre ut aktoratets vitner direkte, senest etter opplesningen. Vitnets vern mot selvinkriminering forhindrer ikke at tiltalte har

krav på kontradiksjon og det er irrelevant om vitnet svarer eller er en medtiltalt. Bevisvekten av de oppleste forklaringene er avhengig av i hvilken grad tiltaltes krav på kontradiksjon er oppfylt.

6 Skrankene for opplesningsadgangen når *vitnene ikke er til stede* i retten

6.1 Skrankene ifølge EMK

Rettsgrunnlaget er også i dette kapittel EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 d, og jeg viser til kapittel 5.1 ovenfor med hensyn til hvilke slutninger en kan trekke fra bestemmelsene med utgangspunkt i ordlyden.

6.2 Skrankene ifølge EMD

6.2.1 Innledning

I dette kapittelet beror også utvalget av avgjørelser fra EMD på at de illustrerer hvordan EMD tolker skrankene for opplesningsadgangen ifølge EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 d.

6.2.2 Kostovski-dommen¹⁵³

Kostovski var dømt for væpnet ran, og domfellelsen bygget i avgjørende grad på politiforklaringer og rettslige forklaringer fra to anonyme vitner. Saken reiste prinsipielle spørsmål om bruken av anonyme vitner og etter behandling i Kommisjonen ble den derfor brakt inn for EMD i plenum. Vurderingstemaet for EMD var hvorvidt bevisopptaket hadde vært forsvarlig og om det var tatt tilstrekkelig hensyn til Kostovskis krav på kontradiksjon før domfellelsen.

Både Kommisjonen (7-0) og EMD (18-0) konkluderte enstemmig med at konvensjonen var krenket og følgelig at Kostovski ikke hadde fått en rettfærdig rettergang.

Vitnebegrepet i EMK er autonomt og ble derfor tolket formålsorientert slik at det gjelder både på etterforskningsstadiet og under rettssaken.¹⁵⁴ På vilkår av at tiltalte i løpet av saken får en tilstrekkelig og egnet anledning til å forsvare seg mot vitneutsagn er det for eksempel anledning til å gjennomføre bevisopptaket i forhørsrett.¹⁵⁵ Men verken Kostovski eller forsvareren hadde på noe trinn av saken kunnet avhøre vitnene direkte.¹⁵⁶ Følgelig var det ikke tilstrekkelig at forsvareren til dels kunne eksaminere de som forestod

¹⁵³ EMDs dom av 20. november 1989, sak nr. 11454/85, Kostovski mot Nederland, forkortet Kostovski-dommen.

¹⁵⁴ Kostovski-dommen paragraf 40.

¹⁵⁵ Kostovski-dommen paragraf 41.

¹⁵⁶ Kostovski-dommen paragraf 42.

bevisopptaket eller skriftlig fremme enkelte spørsmål til det ene vitnet, fordi det allikevel var umulig for forsvareren å vurdere troverdigheten til vitnet.¹⁵⁷ Dertil var også de nederlandske domstolene forhindret fra å vurdere vitnene ved umiddelbar bevisførsel.¹⁵⁸ Det som var utslagsgivende for EMD var at forswarets handikapp under etterforskningen ikke ble kompensert før domfellelsen.¹⁵⁹ Derfor hjalp det ikke at saksbehandlingen harmonerte med nederlandsk lov.¹⁶⁰ EMD utelukket ikke bruken av anonyme kilder på etterforskningsstadiet, men lot det stå litt åpent hvordan den stiller seg til bruken av anonyme bevis under rettssaken.¹⁶¹ Men i den foreliggende saken medførte de anonyme forklaringene begrensninger på forswarets rettigheter som var uforenlige med rettssikkerhetsgarantiene i EMK art. nr 6, idet domfellelsen i avgjørende grad bygget på de anonyme bevisene.¹⁶²

Dommen opplyser at forklaringer overfor politi og domstol fra anonyme vitner er utelukket som avgjørende bevis når tiltaltes krav på kontradiksjon ikke på noe trinn av saken blir ivaretatt. Omvendt tolket følger det også av dommen at anonyme vitnebevis trolig må tillegges beskjeden bevisvekt selv om tiltalte under sakens gang har kunnet konfrontere vitnene med oppklarende spørsmål. Det er i så fall en forutsetning at forsvareren har kunnet stille spørsmål direkte til vitnene for å kontrollere vitnenes troverdighet. Tiltaltes krav på kontradiksjon forutsetter at han selv eller forsvareren har fått en tilstrekkelig og egnet mulighet til å krysseksaminere aktoratets vitner.

6.2.3 Asch-dommen¹⁶³

Asch var dømt for trusler mot samboeren og for å ha påført henne legemsskader. Før rettssaken trakk samboeren anmeldelsen og hun påberopte seg fritaksrett fra forklaringsplikten som nærstående og møtte derfor heller ikke i retten under hovedforhandlingen. Politibetjenten som tok imot politiforklaringen fra samboeren forklarte seg derimot for retten. Vurderingstemaet for EMD var om en slik hearsay-

¹⁵⁷ Kostovski-dommen paragraf 42.

¹⁵⁸ Kostovski-dommen paragraf 43.

¹⁵⁹ Kostovski-dommen paragraf 43.

¹⁶⁰ Kostovski-dommen paragraf 44.

¹⁶¹ Kostovski-dommen paragraf 44.

¹⁶² Kostovski-dommen paragraf 44.

¹⁶³ EMDs dom av 26. april 1991, sak nr. 12398/86, Asch mot Østerrike, forkortet Asch-dommen.

forklaring kunne brukes som ett av flere bevis. EMD konkluderte med at EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 d ikke var krenket.

Annenhånds informasjon fra en politibetjent om vitnets politiforklaringer ble tolket som om vitnet selv hadde forklart seg muntlig for retten.¹⁶⁴ EMD forutsatte følgelig identifikasjon mellom vitnet og politibetjenten da den tolket vitnebegrepet så vidt omfattende.¹⁶⁵

Det fremgikk av saksmappen at hearsay-forklaringen fra politibetjenten om forklaringene fra samboeren til Asch langt ifra var det eneste bevis som førsteinstansen bygget sin avgjørelse på.¹⁶⁶ Utslagsgivende for EMD var det at Asch ikke benyttet seg av muligheten til å krysseksaminere politibetjenten om betjentens egne funn eller til å innkalle andre vitner, samtidig som han hadde opptrådt slik at hans egen troverdighet var svekket.¹⁶⁷ På denne bakgrunn anså derfor EMD at forsvarets rettigheter ikke var krenket selv om det var umulig for Asch å spørre ut samboeren under forhandlingen for retten.¹⁶⁸

Kommisjonen (12-5) konstaterte krenkelse av konvensjonen, mens EMD derimot (7-2) kom til motsatt resultat.

Dommen forteller således at det ikke er avgjørende hvorvidt tiltalte eller forsvareren faktisk har benyttet seg av en tilstrekkelig og egnet anledning til å krysseksaminere aktorats vitner, men derimot at det er utslagsgivende om tiltalte eller forsvareren under saksgangen *har fått* en slik mulighet til kontradiksjon.¹⁶⁹ Dertil opplyser dommen at de oppleste forklaringene hadde forholdsvis beskjeden bevisvekt. For øvrig fremgår det at annenhånds informasjon kan brukes som ett av flere bevis, men bare på vilkår av at tiltalte eller forsvareren kan imøtegå denne informasjonen under sakens gang.

¹⁶⁴ Asch-dommen paragraf 25.

¹⁶⁵ Dette kan minne om identifikasjon i erstatningsretten og kontraktsretten der en formålsoverordnet tolking skaper den nødvendige forbindelsen mellom ulike personer slik at visse rettsregler lar seg håndheve effektivt.

¹⁶⁶ Asch-dommen paragraf 30.

¹⁶⁷ Asch-dommen paragraf 29.

¹⁶⁸ Asch-dommen paragraf 31.

¹⁶⁹ Asch-dommen paragraf 27 og 29 lest i sammenheng.

6.2.4 Craxi-dommen¹⁷⁰

Klageren var dømt for korrupsjon på grunnlag av forklaringer fra medsiktete som ble avgitt under etterforskningen og lest opp i retten.¹⁷¹ Før saken kom opp for retten hadde ett av vitnene tatt livet av seg, og de øvrige vitnene møtte ikke fordi de var fritatt fra forklaringsplikten. Vurderingstemaet for EMD var om bevismidlene var fremlagt på en rettfærdig måte.¹⁷²

EMD fastslo at retten eventuelt kan bygge på forklaringer fra etterforskningsfasen dersom vitnet er fritatt fra å forklare seg for ikke å belaste seg selv eller fordi vitnet er avgått ved døden før hovedforhandlingen.¹⁷³ Men for å bygge en domfellelse utelukkende eller i avgjørende grad på forklaringene er i så fall forutsetningen at tiltaltes krav på kontradiksjon er tilgodesett.¹⁷⁴ EMD godtok ikke at domfellelsen av Craxi harmonerte med italiensk straffeprosesslovgivning, så lenge han ikke fikk mulighet til å imøtegå kontradiktorisk ethvert vesentlig bevismiddel.¹⁷⁵ Avgjørende for EMD var det at Craxis krav på kontradiksjon ikke ble imøtekommet på noe trinn av saken.¹⁷⁶ Og tiltaltes eller forsvarerens rett til å krysseksaminere vitner i henhold til art. 6 nr. 3 d omfatter også forklaringer fra medtiltalte som er fritatt fra vitneplikten og forklaringer fra avdøde vitner.¹⁷⁷ EMD konkluderte følgelig med at konvensjonen var krenket.

Dommen viser at oppleste forklaringer fra etterforskningen ikke alene eller i utslagsgivende grad kan begrunne en domfellelse når tiltalte eller forsvareren ikke på noe tidspunkt fikk krysseksaminere den som har avgitt forklaringen. Men omvendt tolket tilsier dommen følgelig at en domfellelse på vilkår av adekvat kontradiksjon for tiltalte kan bygges utelukkende eller i avgjørende grad på oppleste forklaringer, selv om vitnet ikke er til stede i retten. Dommen forteller at opplesningsadgangen også gjelder forklaringer fra medtiltalte. I tillegg fremgår det av Craxi-dommen at vernet mot selvinkriminering for en

¹⁷⁰ EMDs dom av 5. desember 2002, sak nr. 34896/97, Craxi mot Italia, forkortet Craxi-dommen.

¹⁷¹ Skoghøy, Jens Edvin A. og Tonje Vang. I hvilken utstrekning kan vitneforklaringer som er avgitt under etterforskningen, leses opp under hovedforhandlingen i straffesaker? I: *Lov og Rett* nr. 5/6 2005, forkortet Skoghøy og Vang (2005), s. 288.

¹⁷² Craxi-dommen paragraf 84.

¹⁷³ Craxi-dommen paragraf 86.

¹⁷⁴ Craxi-dommen paragraf 86.

¹⁷⁵ Craxi-dommen paragraf 87.

¹⁷⁶ Craxi-dommen paragraf 88 og 89.

¹⁷⁷ Craxi-dommen paragraf 87.

medtalt ikke går foran retten til kontradiksjon for den tiltalte.¹⁷⁸ Som et apropos nevner jeg at denne siste rettssetningen om forrangen for kontradiksjon fremfor vern mot selvinkriminering korresponderer med tilsvarende uttalelser i Luca-dommen som ble drøftet ovenfor i kapittel 5.2.4.

6.2.5 Slutninger fra EMDs praksis

Kostovski-dommen er prinsipiell og avsagt i plenum. Dertil gir Asch-dommen indirekte uttrykk for de samme rettssetninger, og Craxi-dommen bygger helt tydelig videre på Kostovski-dommen selv om den ikke henviser til den. Forskjellen i vurderingen av Asch-saken mellom Kommisjonen og EMD skyldes ulik vektlegging av bevisene i saken. Kommisjonen bygget i vesentlig grad på anførslene til Asch, mens EMD derimot la avgjørende vekt på at flere andre bevis som trakk i samme retning støttet oppunder forklaringene fra fornærmede i saken.¹⁷⁹ Det ulike saksutfallet i henholdsvis Kommisjonen og EMD skyldtes følgelig ikke uenighet om jussen, men forskjeller i bevisvurderingen. Den siste av dommene er dessuten avsagt omtrent 13 år etter den første og jeg tillegger følgelig ikke den nevnte forskjellen mellom Kommisjonen og EMD i Asch-saken noen betydning, men oppfatter i stedet de tre dommene samlet sett for å ha forholdsvis stor vekt.

Dommene bygger på at prosessen etter en helhetsvurdering må være rettferdig for tiltalte, og indirekte følger det av dommene at politiforklaringer og rettslige forklaringer alene eller i avgjørende grad kan brukes som fellende bevis såfremt tiltalte eller forsvareren i løpet av saken har fått en egnet og passende anledning til å krysseksaminere vitner mot tiltalte og eventuelt har kunnet føre vitner til tiltaltes fordel. Det fremkommer dertil at opplesningsadgangen omfatter forklaringer fra medtaltale. På vilkår av adekvat kontradiksjon for tiltalte kan også en hearsay-forklaring brukes som ett av flere bevis. Politiforklaringer og rettslige forklaringer fra anonyme vitner er derimot avskåret som eneste fellende bevis. Vernet mot selvinkriminering for en medtaltalt fratar ikke tiltalte retten til kontradiksjon.

¹⁷⁸ Craxi-dommen paragraf 79 og 87 lest i sammenheng.

¹⁷⁹ Asch-dommen paragraf 24 og 30.

6.3 Skrankene ifølge straffeprosessloven

Det er hjemmel for å lese opp fra forklaringer fra vitner som ikke er til stede i retten i strpl § 297. Relevant for problemstillingen i dette kapittel er følgende utdrag:

”Når et vitne ikke er til stede under hovedforhandlingen, kan gjengivelse i rettsbok eller politirapport av forklaring som vitnet tidligere har gitt i saken, bare leses opp såfremt muntlig avhør ikke er mulig eller ville medføre uforholdsmessig ulempe eller utgift. [...]

En skriftlig erklæring som vitnet har gitt i anledning av saken, kan bare leses opp såfremt [...]rettslig avhør ikke kan foretas.”

Ordlyden viser til muntlighetsprinsippet og hovedregelen om at vitner skal avhøres muntlig og umiddelbart for retten, og vilkårene for å fravike hovedregelen er forholdsvis strenge. Til gjengjeld er vilkårene alternative med den følge at det er nok at ett av dem er oppfylt. Det første vilkåret om at muntlig avhør ”ikke er mulig” må etter ordlyden for eksempel omfatte vitner som er avgått ved døden før hovedforhandlingen begynner. Derimot gir ordlyden liten veiledning om hva som konkret regnes for ”uforholdsmessig ulempe eller utgift”. Det er i henhold til ordlyden også anledning til å lese opp fra forklaringer som er avgitt til forvaltningen, men som allikevel må regnes for å være avgitt i anledning (den etterfølgende) straffesaken.

Ut fra sammenhengen må bestemmelsen tolkes på bakgrunn av strpl §§ 278, 290 og 296 som gjenspeiler muntlighetsprinsippet og dermed taler mot opplesning. Derimot taler strpl § 294 om sakens opplysning for opplesning.

Hele forklaringskjeden fra etterforskningsstadiet via hovedforhandlingen i tingretten er dekket av ordlyden, og i motsetning til strpl §§ 290 og 296 var det derfor ikke nødvendig å endre strpl § 297 i forbindelse med to-instansreformen.

6.4 Skrankene ifølge høyesterettspraksis

6.4.1 Innledning

Også i dette kapittelet er utvalget av høyesterettspraksis ment å illustrere hvordan Høyesterett tolker skrankene for opplesningsadgangen på bakgrunn av EMK og avgjørelser

fra EMD. Kjennelsen som er referert rett nedenfor er den første avgjørelsen av Høyesterett om begrensningene i opplesningsadgangen for vitneforklaringer på bakgrunn av EMK.¹⁸⁰

6.4.2 Rt. 1990 s. 312

Kjennelsen omhandler brudd på vegtrafikkloven med dødsulykke til følge. Det var spørsmål om hvorvidt oppleste politiforklaringer kunne brukes som ett av flere bevis når verken tiltalte eller forsvareren på noe trinn av saken fikk krysseksaminert vitnet.

Høyesterett innfortolket en forholdsmessighetsvurdering i straffeprosessloven § 297 og brukte EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 d som tolkingsfaktor for å bestemme vekten til de ulike momenter under denne forholdsmessighetsvurderingen.¹⁸¹ Retten viste til

partslikhetsprinsippet som et av disse momentene, men påpekte samtidig at konvensjonsbestemmelsene ikke setter skranker for norske regler om bevisførselen.¹⁸²

Deretter drøftet Høyesterett de anførte EMD-dommene vedrørende Unterpertinger og Kostovski. Høyesterett sluttet fra disse dommene at vilkåret om forholdsmessighet i straffeprosessloven § 297 harmonerer godt med EMDs forståelse av de aktuelle konvensjonsbestemmelsene.¹⁸³ Tiltalte har følgelig ikke et ubetinget krav på å få krysseksaminere vitner.¹⁸⁴ Politiforklaringer kan under gitte forutsetninger allikevel leses opp, selv om tiltalte eller forsvareren ikke har kunnet krysseksaminere vitnet som avgav forklaringene. Vilåret er at de oppleste forklaringene blir tilstrekkelig understøttet av andre bevis og Høyesterett setter grensen ved helt sentrale vitnebevis.¹⁸⁵

6.4.3 Rt. 2001 s. 29

Dommen angår legemsskade under særdeles skjerpene omstendigheter. Domfellelsen bygget delvis på en opplest politiforklaring fra et vitne som selv var i søkelyset som mulig gjerningsmann. Vitnet møtte ikke i retten og verken domfelte eller forsvareren fikk på noe trinn av saken anledning til å krysseksaminere vitnet. Rettsgrunnlaget var

¹⁸⁰ Matningsdal (2007) s. 54.

¹⁸¹ Rt. 1990 s. 312 på s. 314.

¹⁸² Rt. 1990 s. 312 på s. 315.

¹⁸³ Rt. 1990 s. 312 på s. 316.

¹⁸⁴ Rt. 1990 s. 312 på s. 316.

¹⁸⁵ Rt. 1990 s. 312 på s. 316.

straffeprosessloven § 297 første ledd tolket på bakgrunn av EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 d.¹⁸⁶ Høyesterett drøftet først hvilken bevismessig vekt den oppleste politiforklaringen hadde for domfellelsen og kom til at ”politiforklaringen hadde ikke ubetydelig vekt i den samlede bevisbedømmelse”.¹⁸⁷ Deretter vurderte retten om ikke den omtvistete politiforklaringens bevisverdi allikevel var vesentlig svekket på grunn av forklaringene fra to involverte politibetjenter. Konklusjonen ble imidlertid:

”På denne bakgrunn er det en reell mulighet for at opplesningen av Ds politiforklaring har hatt en utslagsgivende betydning i den samlede bevisbedømmelse, og at den således fremstilte seg som et viktig og kanskje nødvendig bevis.”¹⁸⁸

Men det som avgjorde saken for Høyesterett var at domfelte ikke fikk anledning til å stille oppklarende spørsmål til vitnet som hadde avgitt den omtvistete politiforklaringen.¹⁸⁹ Her veide hensynet til krysseksaminasjon tyngre enn hensynet til en hurtig prosessavvikling og det skulle derfor mer til for å tillate opplesning i stedet for muntlig og umiddelbar bevisførsel.

6.4.4 Rt. 2006 s. 120

Dommen gjelder organisert, grov narkotikaforbrytelse og forsøk på forbund om drap. Blant bevisene var politiforklaringer fra en tidligere medsiktet som tok livet av seg før han kunne vitne. Det avdøde vitnet hadde underskrevet fire av i alt seks politiforklaringer som ble lest opp for retten. Men de muntlige forklaringene fra en annen medtiltalt var også bevis i saken og det var derfor den domfelte ville ta livet av denne personen før han fikk forklart seg. Det var også spørsmål om politiforklaringene til det avdøde vitnet hadde påvirket forklaringene til det vitnet som domfelte ville drepe og i tilfelle i hvilken grad bevisverdien av sistnevntes forklaringer var redusert. Rettsgrunnlaget var straffeprosessloven § 297 første ledd 1. punktum tolket i lys av EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 d. For å bygge en domfellelse bare eller i avgjørende grad på oppleste forklaringer er det som nevnt et vilkår at tiltalte har fått

¹⁸⁶ Rt. 2001 s. 29 på s. 31-32.

¹⁸⁷ Rt. 2001 s. 29 på s. 32.

¹⁸⁸ Rt. 2001 s. 29 på s. 33.

¹⁸⁹ Rt. 2001 s. 29 på s. 33.

mulighet til å krysseksaminere vitnet. Høyesterett viste i den forbindelse til praksis fra EMD. Det øvrige bevismaterialet var omfattende slik at de oppleste politiforklaringene ikke var noe avgjørende bevis.¹⁹⁰ Den medtaltale som forklarte seg for retten var heller ikke påvirket av politiforklaringene fra den avdøde.¹⁹¹ Dertil var det grunn til å tro at det avdøde vitnet også vedstod seg de forklaringene som manglet underskrift.¹⁹² Følgelig var verken EMK art. 6 nr. 3 d isolert sett eller art. nr. 1 etter en samlet vurdering krenket. Det innebar at tiltalte ikke hadde et ubetinget krav på krysseksaminasjon av vitnet selv om vitnet var avskåret fra å forklare seg i retten. Forutsetningen var altså at rettergangen etter en totalvurdering var rettferdig og at de oppleste forklaringene ikke utgjorde det eneste eller avgjørende beviset.

6.4.5 Rt. 2009 s. 1590 (Mjellem og Karlsen)

Dommen omhandler grov utroskap og grovt bedrageri hvor sakene for tre tiltalte opprinnelig var forent til felles behandling. Tingretten valgte imidlertid å skille ut og utsette saken vedrørende den ene tiltalte fordi han oppholdt seg i utlandet under hovedforhandlingen. Sistnevntes politiforklaringer ble i stedet lest opp for tingretten og den ene av de domfelte anket derfor over saksbehandlingen på grunnlag av mangelfull kontradiksjon. Han hadde ikke på noe trinn av saken fått mulighet til å imøtegå og spørre ut vitnet som hadde avgitt politiforklaringene. Høyesterett påpekte at tingretten fortløpende hadde vurdert behovet for om vitnet måtte være tilstede og at det samlede bevisbildet ikke gjorde dette påkrevet.¹⁹³ Dertil hadde lagmannsretten på selvstendig grunnlag også vurdert forholdet til EMK art. 6 da den ikke fant grunn til å tillate saksbehandlingsanken fremmet.¹⁹⁴ Høyesterett fant at ankenektelsen var i orden. For Høyesterett var det avgjørende at lagmannsretten uansett ville legge svært begrenset vekt på en eventuell muntlig og umiddelbar forklaring fra det aktuelle vitnet.¹⁹⁵ Oppleste politiforklaringer som bare har svært begrenset vekt ved bevisvurderingen kan altså brukes under

¹⁹⁰ Rt. 2006 s. 120 avsnitt 22.

¹⁹¹ Rt. 2006 s. 120 avsnitt 27.

¹⁹² Rt. 2006 s. 120 avsnitt 29.

¹⁹³ Rt. 2009 s. 1590 avsnitt 23.

¹⁹⁴ Rt. 2009 s. 1590 avsnitt 23.

¹⁹⁵ Rt. 2009 s. 1590 avsnitt 20 og 25.

hovedforhandlingen, selv om avgiveren av forklaringene ikke er til stede i retten, og tiltalte eller forsvareren aldri har kunnet krysseksaminere vitnet.

6.4.6 Slutninger fra høyesterettspraksis

Den gjengitte høyesterettspraksis illustrerer at Høyesterett bygger på forholdsmessighetsvurderingen som strpl § 297 første ledd 1. punktum gir anvisning på. I lys av EMK og praksis fra EMD legger Høyesterett til grunn at partslikhetsprinsippet inngår i denne forholdsmessighetsvurderingen. Partslikhetsprinsippet forutsetter kontradiksjon og dermed gjør også straffeprosessloven det. Men bevisvekten av de oppleste forklaringene er bestemmende for hvor strengt kravet til kontradiksjon er, og derfor er kriteriet for bevisvekten av interesse. Forbigående formulerte som nevnt Høyesterett dette kriteriet slik at forklaringene måtte avskjæres som bevis dersom tiltaltes rett til kontradiksjon ikke var ivaretatt og det var en ”reell mulighet for [at beviset] har hatt en utslagsgivende betydning [...]”. For øvrig uttrykker Høyesterett kriteriet om bevisvekten som et spørsmål om beviset var hovedsakelig eller avgjørende for domfellelsen. I tillegg viser gjennomgangen av høyesterettspraksis at også forklaringer fra avdøde vitner kan leses opp når bevisvekten av forklaringene er begrenset, til tross for at tiltaltes krav på kontradiksjon ikke er imøtekommet.

6.5 Avveining av rettskildefaktorene

For mine generelle betraktninger rundt avveiningen viser jeg til kapittel 4.5 og 5.5 foran, og her vil jeg bare minne om at situasjonen som jeg nå har for øye er når vitnene ikke er til stede i retten.

Av EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 d følger det uttrykkelig at tiltalte har rett til kontradiksjon dersom noen vitner mot ham, men bestemmelsen omfatter etter ordlyden umiddelbar bevisførsel og ikke opplesning av forklaringer fra tidligere stadier av saken.

Fra EMDs praksis fremgår det derimot at tiltaltes krav på kontradiksjon også må gjelde bruken av tidligere forklaringer dersom kontradiksjonen skal virke etter sin hensikt og så vidt mulig likestille tiltalte og påtalemyndigheten. Dommene bygger på at tiltalte eller forsvareren må ha fått en tilstrekkelig og egnet anledning til å krysseksaminere aktorats vitner. Det fremgår videre av dommene fra EMD at opplesning av vitners

tidligere forklaringer kan være det eneste eller avgjørende bevismiddel såfremt tiltalte eller forsvareren har fått eksaminere vitner mot tiltalte og eventuelt har kunnet føre vitner til tiltaltes fordel. Det er en forutsetning at tiltalte eller eventuelt bare forsvareren har kunnet stille spørsmål direkte til vitnet. Opplesningsadgangen dekker dessuten forklaringer fra medtiltalte. På vilkår av mer moderat bevisvekt og kontradiksjon er det også opplesningsadgang for hearsay-forklaringer. Tilsvarende må forklaringer fra anonyme vitner til politi eller domstol tillegges begrenset bevisvekt, til tross for at tiltaltes krav på kontradiksjon er ivaretatt under saksgangen. Dommene forteller i tillegg at vernet mot selvinkriminering for en medtiltalt ikke fratar tiltalte retten til kontradiksjon.

Ifølge straffeprosessloven § 297 er opplesningsadgangen betinget av en forholdsmessighetsvurdering der ulempene ved å innkalle vitnet blir veid mot hensynet til å fravike prinsippene om bevisumiddelbarhet og muntlighet. På vilkår av at vitneforklaringer overfor forvaltningen kan betraktes som avgitt i anledning straffesaken, kan det ifølge ordlyden også leses opp fra disse forklaringene for retten dersom vitnene ikke er til stede. Ifølge bestemmelsen omfatter opplesningsadgangen hele forklaringskjeden.

Høyesterettspraksis presiserer at forholdsmessighetsvurderingen etter strpl § 297 betinger at tiltaltes rett til kontradiksjon er imøtekommet under sakens gang, og kravene til kontradiksjon er avhengig av bevisvekten til de oppleste forklaringene. I en periode var vilkåret om bevisvekten formulert som at det var nok til å stenge for opplesningsadgangen at det var en reell mulighet for at de oppleste forklaringene hadde utslagsgivende betydning, mens det derimot etter gjeldende rett oppstilles et vilkår om at bevisene er hovedsakelige eller avgjørende. Men på bakgrunn av gjennomgangen av høyesterettspraksis i kapittel 5.4.7 antar jeg som nevnt at det neppe er noen realitetsforskjell mellom de ulike formuleringene av vilkåret for bevisvekten. Det følger også av den gjennomgåtte høyesterettspraksis at det kan leses opp fra forklaringer som skriver seg fra avdøde vitner, men at disse forklaringene kun kan tillegges begrenset bevisvekt. I likhet med EMD åpner også Høyesterett for at det på vilkår av adekvat kontradiksjon for tiltalte, også kan leses opp fra forklaringer som *er* hovedsakelige eller avgjørende for domfellelse selv om vitnet ikke er til stede i retten. Jeg legger til grunn at det er Høyesteretts syn på tolkingen av strpl § 297 som er avgjørende for norsk rett.

På bakgrunn av drøftelsen av rettskildefaktorene i dette kapittel og oppsummeringen rett ovenfor, stiller jeg opp følgende *hovedregel* for opplesningsadgangen når vitner ikke er til stede i retten:

Når vitnet ikke er til stede kan det på følgende vilkår leses opp fra vitnets forklaringer overfor forvaltning, politi og domstol: Forklaringene må være avgitt i tilknytning til straffesaken og en eventuell opplesningsadgang gjelder alle vitnets forklaringer. Prosessen må i tillegg være rettferdig slik at tiltalte eller forsvareren før opplesningen kan imøtegå og spørre ut aktoratets vitner direkte. Vitnets vern mot selvinkriminering forhindrer ikke kontradiksjonen og det er irrelevant om vitnet svarer eller er en medtiltalt. Bevisvekten av de oppleste forklaringene er avhengig av i hvilken grad tiltaltes krav på kontradiksjon er oppfylt.

7 En sammenligning av reglene

I dette kapittel foretar jeg en kort sammenligning av opplesningsadgangen de lege lata i de tre situasjonene som oppgaven behandler, og for sammenhengens skyld gjentar jeg ”reglene mine” her.

Når tiltalte nekter å forklare seg for retten kan det på følgende vilkår leses opp fra hans forklaringer overfor forvaltning, politi og domstol: Forklaringene må være avgitt i tilknytning til straffesaken og en eventuell opplesningsadgang gjelder alle tiltaltes forklaringer. Prosessen må i tillegg være rettferdig slik at tiltaltes vern mot selvinkriminering blir respektert ved at han er fritatt fra å forklare seg belastende. Bevisvekten av de oppleste forklaringene er i alle tilfelle begrenset.

Når møtende vitner nekter å forklare seg for retten kan det på følgende vilkår leses opp fra vitnets forklaringer overfor forvaltning, politi og domstol: Forklaringene må være avgitt i tilknytning til straffesaken og en eventuell opplesningsadgang gjelder alle vitnets forklaringer. Prosessen må i tillegg være rettferdig slik at tiltalte eller forsvareren kan imøtegå og spørre ut aktorats vitner direkte, senest etter opplesningen. Vitnets vern mot selvinkriminering forhindrer ikke at tiltalte har krav på kontradiksjon og det er irrelevant om vitnet svarer eller er en medtiltalt. Bevisvekten av de oppleste forklaringene er avhengig av i hvilken grad tiltaltes krav på kontradiksjon er oppfylt.

Når vitnet ikke er til stede kan det på følgende vilkår leses opp fra vitnets forklaringer overfor forvaltning, politi og domstol: Forklaringene må være avgitt i tilknytning til straffesaken og en eventuell opplesningsadgang gjelder alle vitnets forklaringer. Prosessen må være rettferdig slik at tiltalte eller forsvareren før opplesningen kan imøtegå og spørre ut aktorats vitner direkte. Vitnets vern mot selvinkriminering forhindrer ikke at tiltalte har krav på kontradiksjon og det er irrelevant om vitnet svarer eller er en medtiltalt. Bevisvekten av de oppleste forklaringene er avhengig av i hvilken grad tiltaltes krav på kontradiksjon er oppfylt.

Den mest påfallende likheten mellom reglene, er at opplesningsadgangen i alle de tre tilfellene er begrenset av hensyn til tiltalte ved at han har rett til en rettferdig rettergang. I det første tilfellet innebærer denne retten at tiltalte skal slippe å belaste seg selv, mens han i de to situasjonene med vitner har rett til å konfrontere og spørre ut aktorats vitner. Ytterligere en fellesnevner er det at de tre reglene omfatter alle praktisk forekommende varianter av forklaringer i anledning saken og i tillegg hele forklaringskjeden.

Men det er en viktig forskjell mellom reglene fordi bevisvekten av de oppleste forklaringene er ulik i de tre situasjonene. Når tiltalte nekter å forklare seg kan de oppleste forklaringene bare tillegges begrenset vekt for domfellelsen. På den annen side kan oppleste forklaringer være avgjørende eller hovedsakelig bevis for domfellelse når møtende vitner nekter å forklare seg eller vitnene ikke er til stede i retten. Begrunnelsen for disse variasjonene i bevisvekten beror nettopp på at reglene skal ivareta ulike hensyn. I første tilfelle hvor tiltalte ikke har forklaringsplikt, skal ikke retten kunne omgå prinsippene om umiddelbarhet og muntlighet ved å strekke opplesningsadgangen utover det som er forsvarlig av hensyn til tiltaltes rettssikkerhet. Derfor skal han ikke indirekte bli tvunget til å bidra til domfellelsen via tidligere forklaringer og det er dette som kommer til uttrykk ved den begrensede bevisvekten av forklaringene. Men når et møtende vitne nekter å forklare seg eller vitnet ikke er til stede i retten, kan det allikevel være grunn til å bygge på vitnets tidligere forklaringer i saken som det hovedsakelige eller avgjørende bevis. Under forutsetning av at tiltaltes krav på kontradiksjon er ivaretatt, må det av hensyn til sakens opplysning og en fornuftig prosessøkonomi være anledning til å bruke alt lovlig ervervet bevismateriale, iberegnet oppleste vitneforklaringer. I den siste situasjonen der vitnet ikke er til stede i retten blir det imidlertid stilt større krav til at tiltalte har kunnet krysseksaminere vitnet tidligere under saksgangen enn når vitnet møter, men nekter å forklare seg. Det skyldes at det ikke er mulig å imøtekomme tiltaltes krav på kontradiksjon fullt ut ettersom verken han eller forsvareren får anledning til å konfrontere vitnet med andre bevis eller stille spørsmål til vitnet *etter* at opplesningen har funnet sted.

8 Synspunkter på Kaste-Mathisen-dommen

På bakgrunn av Kaste-Mathisen-dommen har det pågått en debatt de lege lata om begrensningene i opplesningsadgangen når møtende vitner er fritatt fra å forklare seg. Det fremgår av nyere juridisk teori at det er en viss uenighet om innholdet av den korresponderende bevisvektnormen.¹⁹⁶

Skoghøy ser på den ene side ikke ut til å oppfatte Kaste-Mathisen-dommen slik at den innebærer noen begrensning i opplesningsadgangen. Han er i første rekke opptatt av dommens betydning for tiltaltes krav på å få stille spørsmål direkte til vitnet, uavhengig av om vitnet er villig til å svare.¹⁹⁷

Elden mener på den annen side at opplesningsadgangen har blitt innsnevret etter Kaste-Mathisen-dommen fordi vurderingstemaet under bevisvekten igjen er hvorvidt den oppleste forklaringen var ”utslagsgivende”.¹⁹⁸ Men i likhet med Matningsdal kan heller ikke jeg se at premissene i dommen gir grunnlag for slutningen til Elden.¹⁹⁹

Aall argumenterer på lignende vis som Elden og konkluderer følgelig også med at opplesningsadgangen er snevrere etter Kaste-Mathisen-dommen.²⁰⁰ Det ser imidlertid ut til at Aall ikke tidligere tillå formuleringen av bevisvektnormen samme betydning som han gjør i dag.²⁰¹

På den annen side har Kjelby en innvendig mot standpunktet til Aall om en strengere bevisvektnorm for opplesningsadgangen. Kjelby hevder at den påståtte endringen ”vil innebære utstrakt avskjæring av vitneforklaringer”.²⁰² Og etter hans oppfatning er bevisvektnormen uforandret etter Kaste-Mathisen-dommen.²⁰³

Som antydnet ovenfor deler heller ikke Matningsdal oppfatningene til Elden og Aall om at Kaste-Mathisen-dommen har begrenset opplesningsadgangen, og Matningsdal gir

¹⁹⁶ Kjelby (2007) s. 190 om uttrykket bevisvektnorm.

¹⁹⁷ Skoghøy (2006) s. 57.

¹⁹⁸ Elden (2006) s. 40-41.

¹⁹⁹ Elden (2006) s. 40-41 og Matningsdal (2007) s. 113.

²⁰⁰ Aall (2007) s. 58-59.

²⁰¹ Aall, Jørgen. *Rettergang og menneskerettigheter*. Universitetsforlaget 1995, forkortet Aall (1995), s. 403.

²⁰² Kjelby (2007) s. 192.

²⁰³ Kjelby (2007) s. 190.

uttrykk for at han ”er sterkt uenig i dette standpunkt”.²⁰⁴ Han imøtegår argumentasjonen til Aall og konkluderer med at den ”totalt mangler faglig forankring”.²⁰⁵

For å oppsummere drøftelsen over viser den at det på bakgrunn av Kaste-Mathisen-dommen fins (minst) to fraksjoner når det gjelder rekkevidden av opplesningsadgangen i forhold til møtende vitner som er fritatt fra å forklare seg. På den ene side mener Elden og Aall at opplesningsadgangen har blitt noe trangere, mens Kjelby, Matningsdal – og muligens også Skoghøy – på den annen side mener at opplesningsadgangen er uforandret. Selv om debattantene naturligvis argumenterer på fritt grunnlag, kan en vel ikke se helt bort fra at de forskjellige standpunktene i noen grad reflekterer deres ulike posisjoner i rettslivet. Som jeg gav uttrykk for foran i oppgaven er jeg enig med den siste gruppen jurister. Dessuten er resonnementet til høyesterettsdommer Øie om bevisvektnormen de lege lata etter min mening overbevisende. Hun gir som kjent uttrykk for at Høyesteretts formulering av vilkårene for å lese opp forklaringer forutsettes å harmonere med EMK og praksis fra EMD.²⁰⁶ I lys av rettskildematerialet i oppgaven mener jeg at praksis fra EMD er såpass konsekvent at Kaste-Mathisen-dommen ikke medfører noen begrensning i opplesningsadgangen.

Meg bekjent har ikke riksadvokaten deltatt i debatten om bevisvektnormen, men for å komplettere bildet tilføyer jeg at han også legger til grunn at Kaste-Mathisen-dommen har innsnevret opplesningsadgangen.²⁰⁷

Men på bakgrunn av dommen reiser riksadvokaten et annet spørsmål om opplesningsadgangen, nemlig hvor langt forklaringsplikten rekker for en medtiltalt som vitne.²⁰⁸ Han påpekte at det er uavklart i dommen hvorvidt vernet mot selvinkriminering i EMK bare fritar en medtiltalt fra å forklare seg i den grad han belaster seg selv, eller om den medtaltalte helt er fritatt fra å forklare seg slik han er i henhold til strpl § 90. Så vidt jeg kan se har i alle fall ikke spørsmålet avstedkommet noen lovendring.

²⁰⁴ Matningsdal (2007) s. 114.

²⁰⁵ Matningsdal (2007) s. 114-117.

²⁰⁶ Rt. 2004 s. 1789 avsnitt 20.

²⁰⁷ Rundskriv R 99-1633 av 8. desember 2006, EMDs avgjørelse av 9. november 2006 om opplesning av politiforklaringer under hovedforhandling – riksadvokatens retningslinjer, s. 6, formidlet av Stridbeck.

²⁰⁸ Rundskriv R 99-1633 s. 4.

Skoghøy er inne på den samme problemstillingen som riksadvokaten, men så vidt jeg forstår drøfter ikke Skoghøy uttrykkelig forholdet mellom EMK art. 6 nr. 1 og strpl § 90.²⁰⁹ Skoghøy poengterer imidlertid at det må gå en grense for å krysseksaminere vitnet og at vitnet derfor ikke kan spørres om andre forhold enn de som det har redegjort for i den oppleste forklaringen, ettersom vitnet ellers blir presset til å forklare seg muntlig likevel.²¹⁰ Det er etter min mening et synspunkt som det er lett å gi sin tilslutning til, fordi opplesningsadgangen ellers ville undergrave prinsippene om bevisumiddelbarhet og muntlighet.

I lys av de refererte synspunkter er debatten om konsekvensene av Kaste-Mathisen-dommen neppe helt avsluttet.

²⁰⁹ Skoghøy (2006) s. 57 som viser til Skoghøy og Vang (2005) s. 294.

²¹⁰ Skoghøy (2006) s. 57 som viser til Skoghøy og Vang (2005) s. 294.

9 Litteraturliste

Lover og konvensjoner

Domstolloven, lov om domstolene av 13. august 1915 nr. 5

EMK, Den europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950

Forvaltningsloven, lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967

Grunnloven, Kongeriget Norges Grundlov av 17. mai 1814

Menneskerettsloven, lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30

SP, FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966

Straffeloven, Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10

Straffeprosessloven, lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 25

Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969

Anbefaling fra ministerkomiteen i Europarådet

Anbefaling av 10. september 1997 fra ministerkomiteen i Europarådet, Recommendation No. R (97) 13, tilgjengelig via hjemmesiden til EMD på http://www.echr.coe.int/echr/Homepage_EN

Forarbeider

NUT 1969:3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesskomiteen Ot.prp.nr.35 (1978-1979)

NOU 1992:28 To-instansbehandling, anke og juryordning i straffesaker Ot.prp.nr.78 (1992-1993)

Innst.O.nr.137 (1992-1993)

Besl.O.nr.143 (1992-1993)

Praksis fra EMD

Sak nr. 5856/72, dom av 25. april 1978, Tyrer mot Storbritannia

Sak nr. 9120/80, dom av 24. november 1986, Unterpertinger mot Østerrike

Sak nr. 11454/85, dom av 20. november 1989, Kostovski mot Nederland
Sak nr. 12398/86, dom av 26. april 1991, Asch mot Østerrike
Sak nr. 10828/84, dom av 25. februar 1993, Funke mot Frankrike
Sak nr. 19187/91, dom av 17. desember 1996, Saunders mot Storbritannia
Sak nr. 30409/96, avvisningsvedtak av 11. mai 1999, Peltonen mot Finland, tilgjengelig via
betalingstjenesten Lovdata Online på <http://www.lovdata.no> og lenke fra Rt. 2003 s. 1808
Sak nr. 33354/96, dom av 27. februar 2001, Luca mot Italia
Sak nr. 34896/97, dom av 5. desember 2002, Craxi mot Italia
Sak nr. 18885/04 og 21166/04, dom av 9. november 2006, Kaste Mathisen mot Norge
(Kaste-Mathisen-dommen)

Høyesterettspraksis

Rt. 1990 s. 312
Rt. 1994 s. 610 (Bølgepappkjennelsen)
Rt. 1994 s. 1324 (Flydroppsaken)
Rt. 1999 s. 1269
Rt. 2000 s. 996 (Bøhlerdommen)
Rt. 2001 s. 29
Rt. 2002 s. 557
Rt. 2003 s. 359
Rt. 2003 s. 1808
Rt. 2004 s. 97 (Kaste og Mathisen)
Rt. 2004 s. 1789
Rt. 2004 s. 1974
Rt. 2005 s. 833
Rt. 2006 s. 120
Rt. 2007 s. 932
Rt. 2009 s. 1590 (Mjellem og Karlsen)

Rundskriv fra Riksadvokaten

Rundskriv R 99-1633 av 8. desember 2006, EMDs avgjørelse av 9. november 2006 om opplesning av politiforklaringer under hovedforhandling – riksadvokatens retningslinjer, formidlet av Stridbeck

Litteratur

Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess*. Universitetsforlaget 2009

Bjerke, Hans Kristian og Erik Keiserud. *Straffeprosessloven. Kommentartutgave*. Bind I og Bind II. Universitetsforlaget 2001

Eckhoff, Torstein ved Jan E. Helgesen. *Rettskildelære*. Universitetsforlaget 2001

Hov, Jo. *Innføring i prosess*. Bind I og Bind II. Papinian 2010

Jebens, Sverre Erik. *Menneskerettigheter i straffeprosessen*. Cappelen Akademisk Forlag 2004

Matningsdal, Magnus. *Siktedes rett til å eksaminere vitner. Opplesning av politiforklaringer, anonyme vitner og dommeravhør av barn*. Fagbokforlaget 2007

Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. Cappelen Akademisk Forlag 2002

Aall, Jørgen. *Rettergang og menneskerettigheter*. Universitetsforlaget 1995

Fagartikler

Elden, John Christian. Opplesning av politiforklaringer etter Norges tap i EMD. I: *Juristkontakt* nr. 9 2006

Elgesem, Frode. Tolking av EMK – Menneskerettsdomstolens metode. I: *Lov og Rett* nr. 4/5 2003

Kjelby, Gert Johan. Opplesning av tidligere avgitte forklaringer fra en medskyldig – er det en menneskerettighet å få eksaminere den eller de man er siktet eller tiltalt for å ha begått et straffbart forhold sammen med? I: *Nybrott og odling. Festskrift til Nils Nygaard*. Fagbokforlaget 2002

Kjelby, Gert Johan. Betydningen av Kaste og Mathisen mot Norge – en replikk. I: *Lov og Rett* nr. 3 2007

Skoghøy, Jens Edvin A. og Tonje Vang. I hvilken utstrekning kan vitneforklaringer som er avgitt under etterforskningen, leses opp under hovedforhandlingen i straffesaker? I: *Lov og Rett* nr. 5/6 2005

Skoghøy, Jens Edvin A. Opplesning av politiforklaringer. I: *Advokatbladet* november 2006
Aall, Jørgen. Reell anledning til å teste motpartens vitner – EMK art 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d. En kommentar til Kaste og Mathisen-dommen mot Norge. I: *Lov og Rett* nr. 1 2007